

## **ORGANIZADORES**

Ilton Garcia da Costa  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi  
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

## **COORDENADORES**

Sebastião Sérgio da Silveira  
Maria Aparecida Gagliardi  
Henriene Cristine Brandão

# **PAZ & TEORIAS DO ESTADO**

## **AUTORES PARTICIPANTES**

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi	Gisele Caversan Beltrami Marcato
Alessandro Severino Valler Zenni	João Francisco Toso
Anderson de Sousa Pinto	Juliana Heloise Tavares Santos
Caio Henrique Lopes Ramiro	Leandro Carolli Garcia
Diogo Valério Félix	Pamela Alvares Gonzales Pinheiro
Elve Miguel Cenci	Poliana Caroline Borges Mattos
Emerson Clairton Santos	Renato Bernardi
Frank Aguiar Rodrigues	Rodrigo Passos
Friedrich Maier	Rogério Cangussu Dantas Cachichi

**Instituto Memória**

**|| COLEÇÃO  
DIREITO E PAZ**

  
**ITAIPU  
BINACIONAL**

## CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.

UNIVEM / UENP / UCSS



**UCSS**  
Universidade Católica  
Sedes Sapientiae

## **ORGANIZADORES**

Ilton Garcia da Costa  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi  
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

## **COORDENADORES**

Sebastião Sérgio da Silveira  
Maria Aparecida Gagliardi  
Henriene Cristine Brandão

---

# **PAZ E TEORIAS DO ESTADO**

---

## **AUTORES PARTICIPANTES**

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi  
Alessandro Severino Valler Zenni  
Anderson de Sousa Pinto  
Caio Henrique Lopes Ramiro  
Diogo Valério Félix  
Elve Miguel Cenci  
Emerson Clairton Santos  
Frank Aguiar Rodrigues  
Friedrich Maier  
Gisele Caversan Beltrami Marcato  
João Francisco Toso  
Juliana Heloise Tavares Santos  
Leandro Carolli Garcia  
Pamela Alvares Gonzales Pinheiro  
Poliana Caroline Borges Mattos  
Renato Bernardi  
Rodrigo Passos  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

**1ª Edição - Curitiba - 2016**

**Instituto Memória**  
15 anos

**CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE**

© Todos os direitos reservados

**Instituto Memória Editora & Projetos Culturais**  
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)



**Editor: Anthony Leahy**

**Projeto Gráfico: Barbara Franco**

**Conteúdos, revisão linguística e técnica  
de responsabilidade exclusiva dos próprios autores.**

**ISBN: 978-85-5523-088-2**

CACHICHI, R. C. D.  
COSTA, I. G. da  
LEÃO JÚNIOR, T. M. de A.

Paz e teorias do estado. Organizadores: Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Coordenadores: Henriene Cristine Brandão, Maria Aparecida Gagliardi, Sebastião Sérgio da Silveira. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

271 p.

1. Direito Constitucional 2. Direito Econômico 3. Paz  
I. Título. II. Congresso Latino Americano da Paz

CDD: 340

# APRESENTAÇÃO

---

O Congresso Latino-Americano da Paz, realizado nos dias 19 a 22 de maio de 2016 no campus da UNIVEM situado na cidade de Marília/SP, constituiu marco importante na reunião e organização de espaço público de diálogo interdisciplinar; contou com o apoio governamental, acadêmico e institucional de respeitáveis entidades, além de centenas de pesquisadores, estudantes, autoridades e cidadãos em torno do tema da PAZ. Atualmente um tanto esquecida outro tanto incompreendida, a paz é algo que urge debater. Buscar consensos é antes uma obrigação moral de todos, notadamente da academia. Nesse sentido a UNIVEM, a UENP e a UCSS cumpriram esse desiderato com especial distinção e louvor. Mercê de esforço comum, milhares de pessoas tomaram conhecimento dessa iniciativa de multiplicação da cultura da paz, do amor, da compreensão, da tolerância, produzindo já impactos relevantíssimos na comunidade política.

Intensa atividade intelectual, social e artística constou da programação do evento. Conferências, debates, grupos de trabalho, teatro, música e muitas outras manifestações próprias do recôndito humano afloraram em prol da interlocução acadêmica e social direcionada à união da América Latina para fortalecimento da cultura, da justiça e da paz.

A propósito, o leitor tem nas mãos valioso produto resultante desse caminhar obstinado e comprometido. Um ideal pautado e arrimado em torno de virtudes como justiça, fraternidade, coragem e, sobretudo, paz. Cuida-se de obra que congrega trabalhos científicos de profissionais, pesquisadores e estudantes das mais diversas áreas do conhecimento humano que coloriram, a mais não poder, o espaço democrático de discussão durante o Congresso. À evidência, não se poderia esperar um livro exclusivamente jurídico ou filosófico; paz não se resume a nenhuma área específica. Paz sobretudo é assunto humano e, nessa condição, assume também toda a complexidade e vastidão de temas próprios da humanidade, desde o indivíduo em particular até a sustentabilidade global.

Assim, o Congresso não nos legou um, senão vários livros, organizados todos de acordo com as respectivas temáticas, amplas e multifacetadas, dos grupos de trabalho: GT Paz, Constituição e Políticas Públicas; GT Paz e Teorias do Estado; GT Paz e Teorias da Justiça; GT Paz, Educação e Liberdades Religiosas; GT Paz, Direito e Fraternidade; GT Paz, Direito e Política; GT Paz, Iniciativa Privada e Gestão Contábil; GT Paz, Ética Empresarial e Administração; GT Paz, Inovação e Sustentabilidade.

Além dos estudos de doutores, mestres, especialistas, profissionais e estudantes de múltiplos campos, segue-se publicada nesta edição a "*Carta de Marília*", documento que reúne importantes diretrizes para consecução da paz em nosso continente e no mundo.

Por outro lado, imprescindível que é, jamais há de ser esquecida a atuação de líderes da paz como o prof. Dr. Lafayette Pozzoli, prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, ambos da UNIVEM, do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa da UENP e do prof. Dr. Edgardo Torres López da UCSS. Consigne-se, ainda, por imperativo de gratidão, o apoio dos magníficos reitores da UNIVEM Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, da UENP Dra. Fátima Aparecida da Cruz Padoan e da UCSS Monsenhor Lino Paniza, o Bispo de Carabayllo. Desnecessário dizer ter-se a comunhão de todos entremostrado condição de possibilidade para que tudo isso fosse factível. O mesmo se diga do excepcional trabalho da Editora Instituto Memória; e fica o registro das homenagens ao editor prof. Anthony Leahy.

Com grande satisfação apresentamos portanto ao público em geral o fruto deste belo e árduo trabalho, e fazemos votos de que se multiplique e percuta positivamente em nossa América Latina.

Em nome das entidades de apoio e da Comissão Organizadora do Congresso Latino-Americano da Paz,

**Antônio César Bochenek**

Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

**Rogério Cangussu Dantas Cachichi**

Membro da Comissão de Organização

## PREFÁCIO

---

Um Congresso pela Paz, organizado por três Universidades da América Latina e realizado no *campus* do Univem - Marília, transformando a cidade na capital latino-americana da Paz. O evento é fruto de discussões entre professores e alunos indignados com uma realidade social que comumente avilta a dignidade humana.

É muito triste saber que a intolerância campeia as mais diversas áreas das relações humanas, assim como é triste tomar conhecimento dos conflitos sociais, das guerras e dos dramáticos atentados terroristas, em que bombas atingem grupos de pessoas inocentes, na maioria das vezes distantes de sectarismos ou de preconceitos que, na visão dos seus algozes autores, justificam a natureza bruta dos seus atos.

Não importa o credo, as crenças, a cor da pele ou os limites territoriais que separam homens e mulheres por raças, países e continentes, estando sob esta ou aquela bandeira de uma nação, mas sim o fato de que somos todos habitantes do grande planeta azul Terra, onde há recursos abundantes para saciar a sede e a fome de todos. Passamos por um momento histórico em que as forças das circunstâncias nos obrigam a tomar uma atitude mais proativa e a abrir os olhos para o que acontece além dos nossos pequenos mundos, em que muitas vezes nos encerramos por comodismo ou por falta de vigilância própria. A condição da consciência individualista, da disputa do poder, da indiferença social, deve, agora, ser substituída pela tomada de consciência coletiva.

Avançamos muito nas questões tecnológicas, não há dúvidas sobre isso. Tomamos conhecimento em segundos de fatos que ocorrem do outro lado do planeta e este imediatismo virtual deveria ser uma grande alavanca dos nossos sentimentos mais profundos, fazendo aflorar mais a nossa afetividade e a solidariedade. É triste ver que ainda temos nações em que os direitos das mulheres não são respeitados, em que as condições básicas de saúde e sanitárias

ainda perecem no tempo, favorecendo a proliferação de doenças que já podiam ter sido extirpadas da nossa sociedade.

Além destes pontos, sabemos que há muitos outros fatores que podem ser trabalhados em conjunto, e por estas e outras razões as três entidades organizadoras do Congresso Latino-Americano da Paz unem esforços para debater questões que afetam a todos os cidadãos do mundo. Temos em comum a promoção da pesquisa como ferramenta da inovação e da transformação social, temos a missão de encaminhar jovens com visão mais humanista, formar profissionais sensíveis aos movimentos constantes das sociedades, mais atentos aos recursos finitos da natureza e com visão da sustentabilidade que abrange o meio ambiente e a condição da dignidade humana em todos os territórios habitados.

Temos um norte comum que é a fé que alimenta os seres humanos de bem e organizamos neste cenário um espaço no formato de Congresso para promover ideias que vão semear novos campos de conhecimento e incentivar que outros façam sempre mais e melhor. A Paz é uma condição que desperta no espírito, na intimidade de cada um, e vai contagiando aos que estão em nosso redor.

Daí a importância de mover forças para despertar a consciência mundial de que não existem países ou pessoas mais ricas ou mais pobres, não há credos ou valores mais importantes ou menos importantes. Na verdade, somos o uno que se reflete no verso e, quando entendermos isto de uma vez por todas, estaremos próximos de alcançar a Paz mundial. Façamos a nossa parte neste momento.

**Fátima Aparecida da Cruz Padoan**

Reitora da Uenp

**Luiz Carlos de Macedo Soares**

Reitor do Univem

**Edgardo Torres López**

Membro da Comissão CONPAZ



# SUMÁRIO

---

**1 A RACIONALIDADE TECNOLÓGICA E A DESCONSTRUÇÃO DA PESSOA HUMANA: O DESAFIO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO DO ETERNO RETORNO** 11

*Alessandro Severino Valler Zenni*  
*Pamela Alvares Gonzales Pinheiro*

**2 O USO DA FORÇA REPRESSIVA PELA POLICIA EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS** 30

*Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi*  
*Renato Bernardi*

**3 FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL** 56

*Leandro Carolli Garcia*

**4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY** 81

*Elve Miguel Cenci*  
*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*

**5 A RELAÇÃO INTERESPECÍFICA HARMÔNICA ENTRE O ESTADO E A PAZ E O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AOS REFUGIADOS, ASILADOS E MIGRANTES** 101

*Gisele Caversan Beltrami Marcato*

**6 ASSÉDIO MORAL COLETIVO PERSPECTIVAS DE  
CARACTERIZAÇÃO DE DANOS À DIGNIDADE HUMANA NAS  
RELAÇÕES DE TRABALHO** 124

*Frank Aguiar Rodrigues*

*Anderson de Sousa Pinto*

**7 A PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE  
MANUTENÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICO** 147

*João Francisco Toso*

*Poliana Caroline Borges Mattos*

**8 O MERCADO DA PERSONALIDADE: O DIREITO NO ESTADO  
LIBERAL E A TRANSFORMAÇÃO DA PESSOA EM  
MERCADORIA** 171

*Diogo Valério Félix*

**9 A PAZ INTERNACIONAL COMO DIREITO HUMANO** 193

*Emerson Clairton Santos*

*Juliana Heloise Tavares Santos*

**10 CIVILIZAÇÃO E BARBÁRIE: SOBRE RESISTÊNCIA E  
DESOBEDIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA** 218

*Caio Henrique Lopes Ramiro*

**11 UM INVENTÁRIO SUMÁRIO SOBRE A CONCEPÇÃO DE PAZ E  
DE ESTADO EM LÊNIN** 249

*Friedrich Maier*

*Rodrigo Passos*

# A RACIONALIDADE TECNOLÓGICA E A DESCONSTRUÇÃO DA PESSOA HUMANA: O DESAFIO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO DO ETERNO RETORNO

*Alessandro Severino Valler Zenni<sup>1</sup>*

*Pamela Alvares Gonzales Pinheiro<sup>2</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da ideia de que há uma alienação na sociedade atual de forma ostensiva que corrompe e ideologiza a dignidade, mormente porque transfere ao sentido da vida os anseios corporais e individualistas do ser humano, coloca-se como problema a ser equacionado o modelo de direito e o sentido de pessoa investigado pelo jurídico.

Para atender a ideia proposta, tem-se como objetivo conhecer e apresentar o reflexo da alienação tecnológica como meio para violação da dignidade da pessoa humana e também identificar como a sociedade atual compreende essa característica intrínseca do humano e apontar meios para transformações pela via do direito e da filosofia.

Para tanto será fundamental abordar o sentido da vida desde a cultura clássica, passando pelos medievos e modernos até culminar com a investigação do que se tornou ser pessoa e sua (in) dignidade

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, professor na Univel, Uem e Cesumar. E-mail: asvzenni@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do 4º ano do curso de Direito e graduada em Ciências Contábeis pela Faculdade Metropolitana de Maringá/PR - FAMMA. E-mail: pamgonzales@hotmail.com

coeva. A retrospectiva histórica não descurará da metafísica clássica e da riqueza ontológica que banha conceito de dignidade da pessoa humana, destacando-se todo o manancial do cristianismo.

Também será de capital importância abarcar as ideias fundamentais da modernidade, o objetivo marcante do sepultamento dos mitos que estagnam e aliciam a humanidade, e como o projeto lógico-formal, associado ao culto ao econômico, reducionismo ao corpo enquanto sentido da vida trouxeram consequências ainda mais deletérias aos seres humanos, transformando em problema intrincado a possibilidade de liberdade diante das amarras da razão tecnológica.

Ao final, o trabalho sugere o eterno retorno à metafísica clássica, como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

## 2 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um conceito que não existiu entre gregos e romanos, havendo apenas uma preocupação exacerbada com a liberdade e com o exercício de cidadania<sup>3</sup>, de modo que àqueles que nasciam nas cidades e que podiam estar nas praças das cidades gregas (*ágora*) ou na *rés pública* em Roma, dotados de liberdade participativa, faziam política, exercício da *politeia*,<sup>4</sup>, no que se ampliava a capacidade léxica ou discursiva do *sapiens*.

Não se olvide que o mundo antigo concebe o mundo como *cosmos*, ordem perfeita, dentro da qual o homem é parte desse contexto da natureza, e pré-concebido o real e verdadeiro, resta-lhe deflagrar suas capacidades especulativas e prática presentes na razão, ampliando-as exatamente como potências convertidas em ato, *physis* como movimento, *telus* como finalidade. A felicidade esplêndida, ao alvedrio de Aristóteles (2000), atinge-se como

---

<sup>3</sup> Cidadania era a demonstração de que o sujeito só existia e pertencia em função da *pólis*. E aos olhos do Direito, os cidadãos, tinham a capacidade de contrair direitos e obrigações gozando de personalidade jurídica tornando-se, por consequência, livres.

<sup>4</sup> O fenômeno geográfico e o político associavam-se de tal modo que, na língua grega, *pólis* era, ao mesmo tempo, uma expressão geográfica e uma expressão política, designando tanto o lugar da cidade quanto a população submetida à mesma soberania. Compreende-se, assim, por que um grego antigo pensava em si mesmo antes de tudo como um cidadão ou como um “animal político”. (PLATÃO, 1999, p. 5).

finalidade na expansão do cognitivo e no encontro com a verdade.<sup>5</sup> Notadamente, a dimensão política, no campo prático, traduz-se como perfeição ao bem como explana Aristóteles (2007)<sup>6</sup>.

Se o público que faz transparecer e interessa a comunidade é o espaço da liberdade participativa do cidadão, a *persona*, como máscara ou papel social, é pré-estabelecida ao cidadão como uma função oriunda do *status* social e jurídico, à medida que personalidade é capacidade de contrair direitos e obrigações, e livre como cidadão circunspecto ao jurídico, é todo aquele portador da máscara. Ou seja, a liberdade é *status* de ser livre e participar, não ambicionar como livre arbítrio.

Noutra esfera, do privado, encontra-se o lar<sup>7</sup>, dentro do qual vigora tirania, o *pater* determina e os demais acatam, e mesmo o chefe da família vive dependente de outrem para satisfação de suas necessidades, fixando-se o governo doméstico<sup>8</sup>, numa relação marcada por causalidade, onde o corpo, resto de vida, há de ser controlado e moderado nos instintos, paixões e volúpias. Exatamente por submeter-se ao corpóreo e tentar modelá-lo, o privado não reserva liberdade e nada interessa aos olhos da comunidade.

Na sociedade estamental da Antiguidade, incluídos são livres e portadores de direitos, designados de cidadãos, *status* que concerne aos homens, enquanto que os demais integrantes da coletividade são *res*, objetivos, privados da liberdade, cidadania e personalidade.

Tal premissa pode ser observada em Aristóteles (2007, p. 16 e 19) e Platão (1999, p.7):

---

<sup>5</sup> Do livro: Ética a Nicômaco.

<sup>6</sup> Do livro Política.

<sup>7</sup> A palavra privado tinha aqui o sentido de *privus*, do que é próprio, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade como meios de sobrevivência. Nesse espaço não havia liberdade, pois todos, inclusive o senhor estavam sob coação da necessidade. (FERRAZ JR., 2008, p. 106).

<sup>8</sup> O governo doméstico divide-se em 3 partes ou poderes: o do senhor, o do pai e do marido. O chefe da casa governa sua mulher e seus filhos como a seres livres, mas não da mesma maneira: relativamente à sua mulher, o poder é político, e relativamente a seus filhos, o poder é de um rei. A relação de superioridade do macho para com a fêmea é permanente, independente da idade da mulher; enquanto o poder dos pais sobre os filhos é um tipo de realeza, em que se juntam a autoridade afetuosa e a da idade. (ARISTÓTELES, 2007, p. 74).

Nem todos podiam participar dos debates da Assembleia: apenas os que possuíam direitos de cidadania. Essa discriminação excluía das resoluções políticas a maior parte dos habitantes da *pólis*<sup>9</sup>: as mulheres, os estrangeiros, os escravos<sup>10</sup>. Em consequência, constituía uma minoria, o *demos* (povo) que assumira o poder em Atenas.

A democracia ateniense era, na verdade, uma forma atenuada de oligarquia (governo dos *oligoí*, de poucos), já que somente aquela pequena parcela da população – “os cidadãos”- usufruía dos privilégios da igualdade perante a lei e do direito de falar nos debates da Assembleia (*isegoria*).

A democracia ateniense assegurava aos cidadãos (*cives*) o exercício da função legislativa: integrantes da *Ekklesia* (Assembleia popular) podiam e deviam participar da elaboração das leis que regiam a vida e os destinos da cidade, de acordo com Sócrates (1999, p.5). Para Aristóteles (2007, p.15), a cidade possuía um poder político (e já não paternal) cuja natureza visava libertar o individuo dos modos deficientes e incompletos de associação, abaixo ou acima do nível de plena realização da *pólis*.

Neste período histórico, a *psyché* ou alma era a característica primordial e exclusiva do homem, pois o fazia raciocinar e ambicionar tornando-o um ser consciente e inteligente com capacidade de preocupar-se consigo mesmo. Para Sócrates, a *areté*<sup>11</sup> torna o homem um ser único porque não pode se preocupar somente com a conservação do seu corpo, mas também com a preservação e melhoria da sua alma como explana Lacerda (2010, p.18).

Desta feita, a liberdade (com dimensão coletiva ao poder político) era garantida apenas àqueles que possuíam características e atitudes concernentes com a cidade na qual viviam, pois a constituição humana facultava-se na *pólis* por meio da política que dignificava o homem. E aos excluídos restava-lhes a submissão aos

---

<sup>9</sup>A *pólis* é, em parte, um processo biológico, em parte um processo de liberdade humana, afirma o autor. (ARISTÓTELES, 2007, p. 16).

<sup>10</sup>Aristóteles aceita a escravatura e considera-a mesmo desejável para os que são escravos por natureza. Desde o nascimento, uns estão destinados por natureza a serem regidos, outros a reger; uns nascem livres, outros são escravos por natureza. [...] Justifica a escravatura natural pela suposta incapacidade de certos homens de se governarem a si mesmos; os escravos por natureza (*phúsei doulos*) devem submeter-se ao governo do senhor (*despotes*) no interesse desse e de si próprios. (ARISTÓTELES, 2007, p. 16).

<sup>11</sup>O cultivo da alma, da inteligência, que ocorre por meio da ciência, é a *areté* humana, aquilo que torna o homem um ser singular face aos demais seres que com ele coexistem no mundo.

livres como garantia de sua sobrevivência sem qualquer respeito pelo seu corpo, gênero ou psique.

### 3 O CRISTIANISMO E O CONCEITO DE PESSOA

O conceito de pessoa, dentro da perspectiva metafísica clássica, passa a ser desenvolvido com o cristianismo, especialmente na explicação da trindade, culminando com áurea definição de Boécio (2013) de pessoa como ser singular de natureza espiritual.

A concepção de universo como natureza harmônica e organizada, com finalidades intrínsecas, permite estabelecer uma escala de perfeições, das menos aprimoradas às mais qualificadas. A pessoa humana goza de substância ímpar, notadamente uma singularidade que há de cumprir finalidades peculiares à sua natureza, buscando, portanto perfeição de seu ser no dever ser.

Ademais o cristianismo escandaliza a cultura grega à medida que sugere o perdão como mandamento peculiar, ao mesmo tempo em que inclui, sob sua lei, todos os excluídos sociais até então desqualificados, como prostitutas e publicanos, não circuncidados, excogitando de reinterpretação do judaísmo. O amor de Deus passa a ser o resto de vida, e tratar-se-á de uma situação que reclamará da natureza humana demasiado esforço porque não se sabe, seguramente, quais ações aplicadas são garantia dessa devoção, de modo que a *Eclésia*, a comunidade dos chamados construirá um bem comum de relativa compreensão, permanentemente discutido que, a um só tempo, vai sendo tecido pelos seus integrantes e os vai tecendo em relação de implicação.

O primeiro conteúdo da pessoa passará a ser a identidade da natureza humana, como *Imago Dei*, traduzindo-se à luz da trindade como sapiência e liberdade criativa, por ato de amor. Essa isonomia de potencialidades imantadas em todo e qualquer ser humano é o caris de sua natureza, sendo certo que a perfeição, própria dignidade do ser, consolida-se pelo ato, desenvolvimento das virtudes, *a fortiori* o ético, como, também, na cognição da verdade e na contemplação da beleza. Eis os transcendentais que conotam o ser humano como pessoa digna.

Já com Agostinho a centelha divina espargida na espécie humana destaca que cada qual porta em germe a liberdade<sup>12</sup>, algo de extremo significado para isonomia em liberdades, ainda que neste momento ela não seja ação, mas livre arbítrio<sup>13</sup>, gerando, não só o sentido da responsabilidade pessoal de quem está sendo acompanhado pela onisciência do Criador, como permitirá que o *caris* metafísico da liberdade se manifeste mesmo naquele sujeito sem *status* de cidadania, como complementa Ferraz Jr (2008).

Mas em Santo Tomas de Aquino, cuja interferência aristotélica é inequívoca, a consolidação de uma segunda natureza humana será sintomática para representação da dignidade da pessoa humana. Ampliando a explanação de Aristóteles, para quem as paixões são a pulsão das vontades, o tomismo ao dividir a racionalidade em funcionamento teórico, vertido à verdade, e funcionamento prático, enveredado ao bem, salientará que a práxis virtuosa é *possibilia*, ou seja, ação livre que possibilita a auto-transcendência do homem, passando de humano à pessoa digna. A vontade de agir à luz da razão prática, de acordo com argumentação de Freitas (2008, p.12), guiada pela prudência e justiça, constitui essa segunda natureza que está em latência, tratando-se do *telus* e sentido à vida, com o que não se pode reduzir o hábito (prática das virtudes) à mera rotina<sup>14</sup>.

Considerando que os níveis de perfeição na natureza se destacam em escalas, e ao ser humano compete o processo imitativo da ordem excelente presente no *Cosmos*, mas dada a contingência e os limites da razão e da primeira natureza humana, comprimida pelas *passios* (paixões), a tarefa de auto-transcendência é ato de vontade, ou seja, uma liberdade que reivindica valores, malgrado àquela época

---

<sup>12</sup> Ele explana que o ser humano é dotado de elemento lógico uma vez que possui controle sobre suas atitudes de acordo com suas próprias vontades sem o controle de outro ser. Portanto, o homem é livre, pois tem o poder de determinar-se, de agir por si mesmo. Isso lhe confere uma superioridade em relação a todas as outras substâncias (entes) que não compartilham da mesma potência. Essa superioridade é chamada expressamente de dignidade. (LACERDA, 2010, p. 18)

<sup>13</sup> Desta maneira, a coisificação e a subserviência humana greco-romana, na qual a liberdade correlacionava-se com *status* exposta alhures, inovam-se à medida que Agostinho, ao desenvolver sua tese, propõe que a liberdade está no ser e não em um lugar ou em suas atitudes para com o outro. Tal ser é dotado de corpo e alma e, portanto, sua autonomia para as escolhas realizar-se-á conforme a lei divina (que designa a conduta) e o livre-arbítrio (relacionado com o fazer ou não fazer). (BITTAR, 2010, p. 220 e 221).

<sup>14</sup> TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica.



não se designe a qualidade como valor, senão como virtude. Enfim, a dignidade da pessoa humana se localiza metafisicamente no ser do humano, como lei de sua natureza<sup>15</sup>, e o direito positivo tem incumbência de traduzir a natureza das coisas.

Registra-se, segundo Zenni (2015) que o tomismo imprime um sentido mobilista ao direito, conquanto sendo realista aristotélico não parte das considerações de Santo Anselmo no sentido de colocar a perfeição suprema como ideia mais real que a própria realidade, ao reverso, das formas cognitivas que concebe, sentir, querer e pensar, vai engendrando, pela experiência, uma ética de práxis que revela a auto-preservação da vida e do próximo, querer o bem e evitar o mal, viver em solidariedade e união, como evidentes indemonstráveis que haverão de ser traduzidos pelo direito positivo. A vida humana digna vai sendo forjada a partir de circunstâncias concretas na convivência diária urdida no exercício virtuoso e na construção de uma segunda natureza.

Pico Della Mirandola (2008, p.19) que resgata a filosofia aristotélica e enfatiza a existência da dignidade humana a partir do laivo de liberdade presente no agir e na escolha da direção, esclarece que:

A dignidade do homem está longe de ser algo dado ou acabado e mecanicamente fixo. Ela é mais uma conquista porque a natureza humana é perfectível. O homem se faz. Como esta perfectibilidade está condicionada pela liberdade, é na dinâmica do processo de conquista de si e de autodignificação crescente que o homem precisa da Filosofia. (...) A liberdade, não é meramente um "dom" dado por Deus ao homem, mas a capacidade de escolher dentre diversas possibilidades. Cada homem, ao decidir seu destino, decidirá também o que é. Poderá degenerar e se tornar semelhante aos animais ou regenerar-se e tornar-se como os anjos. Afastar-se ou aproximarem-se da perfeição, eis as possibilidades que estão diante do ser humano.

O que torna o homem um ser singular, peculiar e magnífico não é a capacidade racional, como preconiza Aristóteles ou a perpetuidade como afirma o cristianismo e sim o privilégio de

---

<sup>15</sup> Do seio da Natureza em que se inscreve emerge o humanismo livre e responsável do homem que, conhecendo-se e conhecendo-a, isto é, conhecendo-se ser no meio dos seres, por eles e com eles é chamado a conformar o seu agir. [...] Aqui reside a sublime dignidade do homem: em poder concentrar em si a perfeição total do universo. (FREITAS,2008, p. 15)

autocriar-se livremente, pois pode ser mais do que a sua natureza pré-definida, ainda segundo Mirândola (2008). Portanto, após a formação primordial de sua estrutura alicerçada em ser<sup>16</sup> e existir, o ser humano ainda é incompleto, mas propenso a aperfeiçoar-se como pessoa infinitamente até a sua morte.

Com denodo à liberdade, como ingrediente profícuo a dignificar, o filósofo registra que a liberdade antes mais, é um poder de optar, do que a própria opção manejada, ou seja, mais emblemático que o ato concretizado é o poder de acessá-lo, um princípio positivo de ação sobre a realidade, característica da excelência de sua condição, e fenômeno capital da dignidade no existir, nas palavras de Mirândola (2008).

Ocorre, outrossim, que sucessivamente por obra de Dans Scoto e Guilherme de Occam, representantes franciscanos da igreja, a natureza humana, enquanto teoria, perde vigor, fundando-se a um só tempo, paradigmas que deixarão marcas indeléveis à modernidade, máxime o nominalismo e o atomismo. O scotismo negará realidade aos conceitos, tratando-se de puras abstrações formais, *flatus voicis*, e de certa forma o abstrato do conceito não passará de um feixe de palavras vazias que recebe quaisquer conteúdos, enquanto que o occamismo gestará o individualismo por adotar como partida de qualquer fenômeno ou teoria o átomo como menor partícula do ser, infundindo-se no âmago do indivíduo, do sujeito, o ponto inicial da realidade consoante com ensinamentos de Gilson (2001).

De mais a mais, a natureza humana será desprezada como potência de perfeição, com isso declina a natureza ética, implícita, exigindo-se que a lei externa é que modele a conduta humana. O direito já não será consubstanciado pelo ético, mas, ao contrário, a lei externa posta é que definirá o que é jurídico.

Ora, o nominalismo é a fonte de toda redução do sentido moderno de dignidade humana, como, ainda, permitiu a completa relativização dos valores, com possibilidades de que algo externo à natureza das coisas pudesse definir certo fenômeno, como ética, direito ou pessoa.

---

<sup>16</sup> Independente de qualquer fator de externo, a liberdade dispõe do poder de eleger para o homem seu modo de ser. (MIRÂNDOLA, 2008, p. 28)

#### 4 A MODERNIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DOS VALORES - O SENTIDO POLÍTICO DA DIGNIDADE HUMANA E A COMPREENSÃO CORPORAL DA VIDA

Sob inspiração nominalista e buscando exorcizar mitos e a metafísica, a racionalidade encampa proposta emancipatória, pautada no antropocentrismo, com o que mortifica a deidade, sugere mecanismo da razão que constitua a adunção dos indivíduos à cooperação social, mantendo-se a ordem e a segurança, alinhando valores dantes não presentes na civilização, tais o trabalho, a propriedade privada e a perspectiva lucrativa destes atributivos como ilustra Arendt (2014).

Com a secularização e a vocação à ciência, a metafísica clássica perde todo o seu referencial monista e compromisso com a verdade, fracionando-se os planos da causalidade, *locus* da natureza, e o da racionalidade, espaço de ampliação cognitiva e ética do humano. Em Descartes (1989) a divisão entre *res cogitas* e *res extensa*, em Bacon (2002) o banimento à tradição (verdade) e a substituição pela certeza (método indutivo)<sup>17</sup>. A pedra angular da modernidade está no *modus operandi* da cognição, a intrepidez do método, em detrimento da substância, da essência. As formas lógicas implicadas no ato de conhecer emancipam o ser racional, a nobreza do sujeito pensante vai às raias do "eu transcendental" e deságua na supressão do real<sup>18</sup>.

Mas Kant (2007) tem importância emblemática para o estudo da dignidade da pessoa humana. Procurando um método próprio que pudesse sanar o grande hiato entre existir e pensar, o filósofo desenvolve a fenomenologia, pelo que os fenômenos, a mundanidade, pode ser capturados e organizados pela razão, já que no sujeito encontram-se doze categorias *a priori* do pensamento que permitem o exercício da ciência, enquanto que o *nomenum*, a essência, a substancialidade de algo é mistério e inacessível à razão.

Ao desenvolver a sua metafísica, Kant mantém o hiato entre ser e devir, porquanto entende impossível que no plano dos valores possa haver o reconhecimento pelo racional (formal), todavia com

---

<sup>17</sup> Bacon marca a história da filosofia por imprimir-lhe um sentido utilitarista, reduzindo-a a critérios científicos e pragmáticos, não mais especulativos, senão dirigidos às necessidades empíricas do sujeito. Toda pesquisa pautada no método lógico, deve verter resultados de conveniência e facilidades ao maior número de indivíduos.

<sup>18</sup> Hegel que trabalha com o absoluto do ideal chega a por em dúvida a existência do real, destacando que o real é o ideal e o ideal é o real.

formulações dogmáticas vai afirmar como categórica a existência de Deus, a imortalidade da alma e a liberdade humana.

Tal teoria estimulou afirmação consagrada de que a dignidade não tinha preço e as coisas sim, culminando em sua declaração mais emblemática: *as coisas tem preço, os homens têm dignidade*. Essa é uma assertiva é notável, porém vazia de conteúdo uma vez que ao analisar a dignidade, na visão kantiana, indaga-se o pensamento com a ideia pré-formada do que é a dignidade que foi projetada no ser humano e retorna-se ao ponto de partida com certa humanização. São imperativos equiparados a atos de fé, de conteúdo vazio, seguindo-se a esteira nominalista, abrindo-se flancos ao criticismo que prevalece presentemente, sem qualquer pretensão de fundamentar a validade na experiência.

Bittar (2010, p. 234) discorre:

Preocupa-se, portanto, em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei aprioristicamente inerente à racionalidade universal humana; quer-se garantir absoluta igualdade aos seres racionais ante a lei moral universal, que se expressa por meio da uma máxima, o chamado imperativo categórico, que se resume a uma única sentença.

O prestígio de Kant na filosofia advém de sua concepção da fenomenologia, pois ele tenta aproximar o “ser” do “dever ser”, posto em extrusão desde Descartes, mas ao mesmo tempo marca uma divisão grande e clara entre os dois hemisférios, porquanto o valor, neste caso a dignidade, é uma expressão da afirmação do pensamento do ser humano, guindada a fórmula transcendental, dissociada da existência e que ela se sobrepõe como imperativo.

Alçado o "eu transcendental" a um ideal a ser atingido, uma imposição da razão ao plano da existência, surgem movimentos antípodas ao kantismo e os idealistas pós-kantianos, que darão ênfase à sociologia, ao fato puro, que, igualmente rechaçará a metafísica clássica, laborando com o sensível, expurgando-o de ideais e do suprasensível.

Com ideias nobres e universais constrói-se a teoria do contrato social, de Hobbes, Locke e Rousseau, supondo um Estado ideal vigoroso, pautado na vontade dos contratantes, cujo objetivo é

assegurar liberdades negativas aos cidadãos, de maneira isofórmica, para em um futuro consolidar-se a sociedade fraterna e solidária.

Com efeito, tanto Hobbes, Locke e Rousseau partilham a teoria do contrato social, a despeito de peculiaridades nos respectivos ensinamentos, máxime hobessiana, em que o homem é estigmatizado, ou seja, tem como ponto de partida o pessimismo antropológico; em Locke a preocupação é notada com a inserção burguesa no exercício político-jurídico e o reconhecimento do lucro como direito, enquanto Rousseau dará ênfase à vontade geral figurado como rito de passagem e que transmite as liberdades aos cidadãos. Entrementes, em todos os filósofos políticos liberais um elo comum: o Estado exurgente do contrato social é o garante da ordem e da segurança, apresentando-se difusamente como o garantidor das liberdades negativas e, a um só tempo, mantendo-se distante da esfera social, agora consorciada ao mercado.

Em síntese, o Estado reconhece garantias públicas à vida, ir e vir, manifestação de expressão, trabalho, propriedade, lucro, esfera privada, e direitos cívicos, aos cidadãos, como verdadeiras barreiras e limites, enquanto que no plano sócio econômico afasta-se peremptoriamente, deixando ao sabor da vontade de contratar enviesada à mão invisível e o *laissez faire* da economia os ajustes. A racionalidade que labora com "mitos", tais como contrato social, mão invisível, isonomia entre todos, dignidade do homem, direitos humanos<sup>19</sup>.

Merece nota a teoria alinhavada por Hobbes (2003, p. 96) a propósito da condição animal do homem, pinçando-lhe a partir das paixões, dos instintos e das pulsões, como *homo lúpus*, cuja existência corpórea, embebida de liberdade, pode representar dominação e violência, urgindo de um Estado hipertrofiado que exerça o controle sobre os corpos pela via político-jurídica.

Entre os protagonistas e grandes críticos da universalização dos direitos, Marx (2010) classificará entre as formas ideológicas mais portentosas o *ius*, frisando que o compromisso do direito, em sua leitura, é a manutenção do *status quo*, da cadeia dominatória que se apresenta historicamente à humanidade, como face oculta, enquanto

---

<sup>19</sup> Na Dialética do Esclarecimento, apontarão as inúmeras contradições e dilemas postos à era das luzes, que tinha por objetivo escoimar da filosofia a mitologia e a tradição, substituindo-as pelas ideias e certezas metodológicas (Adorno e Hockerheimer, 1985).

os escritos de direito espargem igualdade formal entre os integrantes do contrato social. Essa ideologia facetada como difusão de falsa ideia como se verdadeira fosse contamina o jurídico, porque faz crer que todos gozam de direitos humanos, enquanto que o *jus* e sua eminente dignidade estão a servir o burguês.

A formulação do comunismo, segundo os autores Adorno e Hockerheimer (1985), consignada em manifesto incendeiam as revoltas populares já bastante acaloradas, máxime pela crise no mundo do trabalho e a miséria atravessada pelo proletariado, cujo ritmo de tlabor ditado pela técnica da Revolução Industrial exortava o operariado a jornadas de exaustão e fadiga, sendo certo que, por hipossuficiência completa, em nome do sinalágma, o laborista submetia-se, pura e simplesmente, às cláusulas adesivas criadas pelo tomador burguês, com o que a alienação e coisificação do humano se afiguravam a servilidade e subserviência que a modernidade procurou rechaçar.

O social no sentido moderno, ao contrário da imantação por causa amoris denunciada no tomismo, converte-se no espaço do mercado, e o trabalhador miserável não passará de mercadoria.

Volta à cena formulação do cristianismo, com o advento da Carta Encíclica *Rerum Novarum* (1891) pelo qual a Igreja, ainda, com grande influência, interfere nas relações trabalhistas da época e, combatendo uma formulação comunista por não passar de um projeto ideal dissociado da realidade, uma utopia que descarta o mérito na distribuição da coisa justa, reconhece que o trabalhador, tratado com tamanhas imprecações e vítima de alienação profunda, está carente de dignidade, destacando-se:

13. Quem tiver na sua frente o modelo divino, compreenderá mais facilmente o que nós vamos dizer: que a verdadeira dignidade do homem e a sua excelência reside nos seus costumes, isto é, na sua virtude; que a virtude é o patrimônio comum dos mortais, ao alcance de todos, dos pequenos e dos grandes, dos pobres e dos ricos; só a virtude e os méritos, seja qual for à pessoa em quem se encontrem, obterão a recompensa da eterna felicidade.

22. [...] A ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual Deus mesmo dispõe, com grande reverência, nem pôr-lhe impedimentos, para que ele siga o caminho daquele aperfeiçoamento que é ordenado para o conseguimento da vida interna; pois, nem mesmo por eleição livre, o homem pode renunciar a ser tratado segundo a sua natureza e aceitar a escravidão do espírito; porque não

---

se trata de direitos cujo exercício seja livre, mas de deveres para com Deus que são absolutamente invioláveis.

Novamente se adjungirá a dignidade de pessoa humana manancial metafísica que é real, não se traduzindo como postulado ou ideia pré-concebida. No conceito de pessoa, compreende-se que os seres humanos são afetados por valores e têm a capacidade de compreender o que está no entorno, através das emoções, do querer, do pensamento e sua evolução se dá conforme a ascensão numa escala valorativa (sentimento de prazer material, valor vital, busca pela verdade, bondade e contemplação do belo), na qual em ato concreto, em experiência tornam-se pessoas humanas, nos relatos de Zenni (2015).

Essa orientação da *Rerum Novarum* fomenta a gênese do direito do trabalho como instrumento apto a reconhecer hipossuficiência de uma categoria e, à luz da isonomia material, tratá-la com proteção jurídica, para compensar desigualdades reais econômico-intelectuais.

O Estado passará a ter uma novel performance, agora, no sentido positivo e afirmativo, enxertando contratos no capital e trabalho com cláusulas mínimas favoráveis ao hipossuficiente, para o resguardo da relação laboral. Cambia-se o modelo de Estado liberal a Estado Social.

Todavia, as bases modernas do nominalismo, individualismo, contratualismo, racionalidade, transferem ao Estado a ingloria função de gerir os corpos, que, desde os prístinos do iluminismo, com Bacon e os empiristas utilitaristas, detectarão todo o sentido da vida no uso do corpo, inclusive como força de trabalho.

A vida é determinada pelo corpo em razão de sua cognoscibilidade próxima da certeza, ao mesmo tempo em que a dignidade ontológica vai esmaecendo, tornando-se a sobra da vida. E o que sempre humanizou na cultura antropológica foi à indefinição sobre a certeza do que é a vida, lançando à verdade, a tradição e a opinião que rivaliza com a episteme, já que procurar estabelecer certezas sobre valores caros e inesgotáveis, como amor, generosidade, bem e felicidade, é embotar a singularidade e a auto-transcendência, sem embargo de impedir o perfectível do bem comum, inexaurível e em constante edifício.

Uma derradeira passagem merece destaque. A dignidade da pessoa humana será aventada como princípio e fonte dos Estados Democráticos após a hecatombe dos regimes totalitários, brilhando como valor filosófico-jurídico no Tribunal de Nuremberg, de onde jorrou as Constituições dos países europeus pós-guerra. O movimento neoconstitucionalista estribado em normas princípio proporá a utopia transformadora da sociedade, como ensina Canotilho (2003), incorporando como pilastra político-jurídica a dignidade da pessoa humana.

## **5 A PÓS-MODERNIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Da extrusão ser e dever ser, o acerbo nominalismo prevaente, e da sugestão nazi-fascista de bem comum, como pauta indefectível e ideologizada supremacia da raça, as eugenias marcaram com sangue e lágrimas o Século XX. O *homo sacer*, nas palavras de Agamben (2004) estigmatizado e lançado à condição marginal por força político-jurídico, representa a tragédia de uma série de acontecimentos bélicos no apogeu da modernidade e mesmo com a revitalização do princípio da dignidade da pessoa nas Constituições posteriores, os corpos nus são marcados pela padronização pós-moderna como se vislumbra a seguir.

Se desenvolvimento humano foi absorvido pelo desenvolvimento econômico, pode-se afirmar que a contemporaneidade representa uma ruptura paradigmática em face de tempo-espaço com o moderno, embora se valha das premissas racionais para otimizar o processamento do descartável e consumível que se apresenta neste novel século.

Apontam-se como apanágios do pós-moderno três pilastras: a globalização; a tecnologia e cibernética e a difusão de uma cultura massificada como alude Zenni (2006).

O autor Bauman (2001, p. 28 e seguintes) elucida que o encurtamento das distâncias com a aviação comercial, que implicou na volatilização do tempo, o *modus operandi* produtivo do toyotismo cuja descentralização resultou na substituição da esteira pelo sistema *Just in time*, em que os bens e serviços são prestados com tamanha celeridade e simultaneamente, sob mote da eficiência, que vaza ao descartável, agravado pela difusão massificada da publicidade nos meios tecnológicos. Eis a consequência epidêmica da economia de



escala, um fluxo produtivo de variantes descartáveis para os sujeitos que, consumirem ou não, são, igualmente, descartáveis.

O social, na acepção de Lima (2007, p. 362), assume uma universalização que equaliza os integrantes da comunidade, nas relações econômicas, mantendo-os presos na teia da economia.

A propósito da otimização da racionalidade no plano da técnica, desencadeou-se a tecnologia, instrumentalização do *médium* facilitador da conveniência e utilidade ao maior número de pessoas, que se torna um bloqueio quase intransponível ao seu mentor, o ser humano, estabelecendo um processo de embotamento e aprisionamento que vai dirigir, na racionalidade empírica, os resultados esperados.

É importante ressaltar que:

No decorrer do processo tecnológico, uma nova racionalidade e novos padrões de individualismo se disseminaram na sociedade, diferentes e até mesmo opostos àqueles que iniciaram a marcha da tecnologia. Essas mudanças são efeito (direto ou derivado) da maquinaria sobre seus usuários ou da produção em massa sobre os consumidores; são, antes, eles próprios, fatores determinantes no desenvolvimento da maquinaria e da produção em massa. (MARCUSE, 1999, p.74).

O transtorno surge quando a racionalidade torna-se altamente técnica a ponto de a tecnologia tragar o próprio homem. Deste modo Marcuse (1999, p. 77) complementa que, "(...) a racionalidade individualista se viu transformada em racionalidade tecnológica". Ao invés de, com o surgimento da tecnologia, haver interação entre os humanos, o que ocorre com cada vez mais intensidade é a interação de homens com os dados, bytes e sistemas informacionais resultando na falta de liberdade para se desvencilhar do próprio engenho ou criação racionalizada subjulgando o homem em um escravo da técnica.

A tecnologia e a cibernética mecanizam cotidianamente os humanos sem que eles tenham consciência disso, e os tornam incapazes de perceber que nesse mundo o que ocorre é meramente virtual, não existe realidade. "As relações entre homens são cada vez mais mediadas pelo processo da máquina", de acordo com Marcuse (1999, p.81). Rompe-se, então, a ideia de tempo e espaço. Desta forma Marcuse (1999, p.81) salienta que, "a máquina adorada não é

mais matéria morta, mas se torna algo semelhante a um ser humano. E devolve ao homem o que ela possui: a vida do aparato social ao qual pertence”. Há uma retroalimentação em polimerize que pulveriza a cultura do descartável e do alienante nos relatos de Zenni e Andreata Filho (2011).

Já a terceira e última pilastra é difundida pela tecnologia que é um instrumento cibernético que atinge globalmente todos os seres humanos sem limite de tempo, espaço abrangendo a humanidade de uma forma genérica. A cultura massificada surgiu com o toyotismo no qual, além da sua forma de produção descentralizada, também difundiu a propaganda que impunha aos usuários uma cultura massificada propiciando a exclusão social daqueles que não possuíam os produtos divulgados na propaganda.

Deste modo, a força subconsciente de uma propaganda é tão perversa e exacerbada que faz o homem acreditar que se não possuir o produto ou realizar determinado mister de sucesso e reconhecimento sócio-midiático, ele será excluído da sociedade por não se adequar aos padrões que “ela dita”, resultando novamente em uma escravidão perpétua, cujo ponto fulcral é o regime capitalista selvagem que alimenta diariamente essa perversidade. Portanto, Marcuse (1999, p. 81 e 82) fundamenta que, aos poucos, “ele (o homem) está perdendo sua habilidade de abstrair da forma especial em que a racionalização é levada a efeito e está perdendo a fé em suas potencialidades não realizadas”.

E como aparato a garantir as conquistas da racionalidade um direito funcionalista que faz previsões, riscos e cálculos antecipando o papel social dentro do qual o sujeito haverá de se encaixar e quais as consequências resultantes desta padronização, excretando do seu cerne a responsabilidade, os motivos e os fins na ação. A dignidade humana não passa de vaidade discursiva que se enche ou murcha ao sabor da conveniência sistêmico-social, seguindo-se fidelidade estreita às bases modernas da razão dirigente, do vácuo substancial, aperolamento da forma e do corpo como sentido à vida.

Se as constituições democráticas hodiernas encampam o valor fundante da dignidade da pessoa humana como norma princípio, pode-se dirigir censura ao postulado, reduzindo-o a pura semântica ou ideologia, consoante com Vaz (2007, p.354). A mitologia que se buscava execrar no mundo das luzes substitui-se pela artificialização social, da satisfação material do sentido de vida e,

em última análise o aniquilamento da pessoa, sempre com arrimo no artifício do contrato social ou no véu da ignorância<sup>20</sup>.

O direito, neste passo, outrora radicado na ontologia humana, passa a ser tratado como forma jurídica ou vontade da autoridade, neutralizando a dignidade, a despeito das propostas emancipatórias constitucionais, a custa de uma ideologia axiológica, que empresta valor ao valor, ou seja, retira-lhe o sentido ontológico e confere-lhe um sentido retórico e adíforo.

Banido o ser como substancial entitativo na filosofia e no direito, e a reprodução de corpos ambulantes alimentados pelos resultados científicos ideológicos dá cores ao princípio da dignidade da pessoa humana, com, no máximo, configuração do mínimo existencial.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida humana é prenhe de sentido, e a experiência está a indicar uma inclinação natural ao belo, ao ético e verdadeiro, cujos transcendentais haverão de serem traduzidos pela instrumentalização jurídica, enxertada de conteúdo, evidentes, para que o conceito de dignidade da pessoa humana não figure como critério ideológico e estabilizador sócio-econômico-sistêmico.

Desta forma, a espiritualidade, o amor, a ética e principalmente a liberdade, tão abordada alhures, que compõe a dignidade humana são ceifados pela razão tecnológica, sucumbem à eficiência, tão deplorados pelo utilitarismo.

É por meio da televisão, computador e *mobiles* que a tecnologia invade o social, transformando esse amontoado de indivíduos em anódinos e desamparados, fazendo com que o econômico projete um sincretismo indevido entre público e privado, transformando-os em espetáculo, *marketing* e show.

O risco atual se mostra na racionalidade empírica pós-moderna que dirige a sociedade a partir dos resultados científicos, exaurindo o sentido da vida, esfalfando a dimensão de abertura e de relacionamento do ser humano, produzindo efeito ideológico de murchar as resistências e o dever ser que está alocado no ser de cada um. Só há dignidade humana se a metafísica clássica que lhe

---

<sup>20</sup> A expressão é alcunhada no livro *A teoria da Justiça* por John Rawls (2008).

deu origem puder ser (re) inserida no contexto da filosofia, da política e do direito.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção- Homo Sacer, I, II*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARISTÓTELES. *Política-Texto Integral*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. Coleção a Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco-Texto Integral*. Coleção a Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Aforismos sobre a Interpretação da Natureza e o Reino do Homem, Livro I, Aforismo, XI. Tradução de Jose Aluysio Reis de Andrade. São Paulo. Nova Cultural, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2001.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8ª Ed. rev; e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

BOÉCIO, Anício Mânlio Severino. *A Consolação da Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª Ed; reimpr. São Paulo: Almedina, 2003.

DESCARTES. Rene. *Discurso do Método*. Tradução de Elza Moreira Marcelina. Brasília. Universidde de Brasília, 1.989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Ed. rev.; ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Manuel Barbosa da Costa. *São Tomás de Aquino*. Coleção Artigos LusoSofia. Universidade da Beira Interior. Covilhão, 2008. Disponível em:<[http:// www.lusosofia.net/textos/costa\\_freitas\\_sao\\_tomas\\_aquino.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/costa_freitas_sao_tomas_aquino.pdf)>. Acesso em: 29 de dez. 2014.

GILSON, ETIENNE. *A Filosofia na Idade Média*. 2ª Ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Tradução Alex Marins. São Paulo. Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Portugal: Edições 70, 2007.

LACERDA, Bruno Amaro. *A Dignidade Humana em Giovanni Pico Della Mirândola*. Revista Legis Augustus (Revista Jurídica). Vol. 3, n. 1, p. 16-23, setembro 2010. ISSN: 1516-9367. Disponível em: <[http://apl.unisuam.edu.br/legis\\_augustus/pdf/ed1/Artigo\\_2.pdf](http://apl.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf)>. Acesso em: 16 de dez. 2014.

MARCUSE, Herbert. *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. Tradução Nelio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MIRÂNDOLA, Pico Della. *A Dignidade do Homem*. Tradução de Luiz Feracine. Coleção Grandes Obras de Pensamento Universal. São Paulo: Escala, 2008.

PAPA LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum Do Sumo Pontífice*. Roma. 15 de Maio de 1891. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em: 05 de Nov. 2014.

PLATÃO. *Vida e Obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

RAWLS, John. *A teoria da Justiça*. Coleção Justiça e Direito. 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2008.

SÓCRATES. *Vida e obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo. Edições Loyola, 2.007.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. *A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. ANDREATA FILHO, Daniel Ricardo. *O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana- Transdisciplinariedade e Contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. *A Metafísica no Direito como Antítese ao Culturalismo Relativista: Salvaguarda da Pessoa e da Justiça à Luz da Filosofia Clássica*. p.113 a 146. I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Barcelona : Ediciones Laborum, 2015.

# O USO DA FORÇA REPRESSIVA PELA POLÍCIA EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS

*Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi*<sup>21</sup>

*Renato Bernardi*<sup>22</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade trouxe ao ser humano um avanço da qualidade de vida, porém trouxe-lhe responsabilidades, e como essas responsabilidades, pela própria questão de estar em sociedade, somente poderiam ser exigidas em igualdade de situações, criaram-se normas e regulamentos. Por conta da necessidade de se criarem essas normas, e para que se entregasse a um ente determinado o poder de exigir o cumprimento das mesmas, foram criados o Estado, as Constituições e as leis infraconstitucionais.

Com vistas à preservação do fim social, os direitos estabelecidos deveriam ser compatíveis com o bem-estar social, e com este fim é que se condicionariam tais direitos individuais nas leis,

---

<sup>21</sup> PROSDOCIMI, Adolfo Carlos Rúbio. Mestre pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2015. Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP, especialista em Direito Empresarial e Tributário pela Universidade de São Paulo, 1982. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, 1982, Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo desde 1990, Chefe do Posto Fiscal de Ourinhos desde Janeiro de 2014.

<sup>22</sup> BERNARDI, Renato. Doutor em Direito do Estado (subárea Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2009). Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. Coordenador da Escola Superior da Advocacia (ESA) da 58ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Ourinhos/SP. Procurador do Estado de São Paulo.

cabendo ao Estado, através da Administração Pública reconhecer e averiguar tais limites.

Dessa necessidade de cumprir suas funções de protetor e aplicador dos limites legais estabelecidos, surge um poder delegado ao Estado, o chamado poder de polícia, que funciona como instrumento utilizado para efetivar as funções da Administração Pública.

Segundo o professor Mello (2003, p.62):

...quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, e quando, na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Desta forma, Poder de Polícia é uma faculdade do Estado estabelecida com o intuito de preservar o bem comum, que é o conjunto dos valores que mantêm a Sociedade em ordem.

Nos últimos tempos o Brasil tem sido sacudido por inúmeras manifestações populares, ora reivindicando direitos, ora protestando contra atos ou omissões praticados por agentes públicos, porém em meio a essas manifestações confrontos entre a polícia e os manifestantes têm ocorrido de forma incontrolável e agressiva de parte a parte.

Neste trabalho, o foco será o estudo dos limites da ação policial, uma vez que de parte a parte, os excessos são sempre ilegais, mas para o lado do Estado, é necessário pautar-se por princípios que se confrontam e decifrar, sem o romantismo da mídia ou a parcialidade de qualquer das partes, o que pode ser praticado pela polícia.

Serão analisados os conceitos doutrinários acerca de poder de polícia, seus limites, bem como as obrigações e necessidades para manutenção da ordem pública.

## 2 PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia instituído pelo interesse social com fundamento na supremacia geral que exerce o Estado sobre os indivíduos foi objetivamente inserido no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966 CTN(Código Tributário Nacional) que, “*in verbis*” aduz:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966) Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Neste sentido, Meirelles (1995, p. 115) enfatiza o poder de polícia como “(...) a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

E com a mesma intensidade, Carvalho Filho (2005, p. 67) pronuncia que o poder de polícia é uma “(...) prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”

Ainda aqui, é importante observar o tratamento doutrinário dado por Meirelles(1995, p. 118), quanto à extensão do poder de polícia, explicitando que:

A extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, a censura de filmes e espetáculos públicos, o controle das publicações, a segurança das construções e dos transportes, a manutenção da ordem pública em geral, até à segurança nacional em particular. Daí, encontramos nos Estados modernos, a polícia de



costumes, a polícia sanitária, a polícia das águas e da atmosfera, a polícia florestal, a polícia rodoviária, a polícia de trânsito, a polícia das construções, a polícia dos meios de comunicação e divulgação, a polícia política e social, a polícia da economia popular, e outras que atuam sobre as atividades individuais que afetam ou possam afetar os superiores interesses da coletividade, a que incumbe o Estado velar e proteger. Onde houver interesse relevante da comunidade ou da Nação, deve haver, correlatamente, igual poder de polícia para a proteção desse interesse público. É a regra sem exceção.

Daí que, ao mesmo tempo em que se criam mecanismos que possibilitem ao Estado a regulação da atividade social surgem preocupações quanto ao estabelecimento de cuidados para que esse direito de regulação e controle não seja desproporcional e desmedido.

Isso quer dizer que junto com a prerrogativa do Estado de interferir nos direitos e liberdades do cidadão surge a necessidade de estabelecerem-se os limites e a extensão do poder de polícia atribuído ao Estado.

No art. 144, a Constituição de 1988 define expressamente a segurança pública e, de forma mais específica, a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio como função das forças policiais, federais e estaduais.

### **3 LIMITES E EXTENSÃO DO PODER DE POLÍCIA**

A razão da existência do Estado é o bem comum coletivo ou individual, e entre os deveres do Estado para a satisfação do bem estar do cidadão esta o da garantia a este da segurança pública.

O exercício dessa finalidade requer a existência de um aparelho estatal formado por órgãos com atribuições específicas voltadas para a administração da coisa pública.

Dotados esses órgãos de responsabilidades e capacidades de realizações estão obrigados a observar premissas legais quanto à aplicação do direito em suas relações com os cidadãos, entidades públicas, civis, internas e internacionais.

Desta forma, assim como os demais atos administrativos, também o ato denominado “poder de polícia”, recebe uma carga de legislação e preceitos limitadores, estabelecidos para coibirem os

abusos de outrora, porém há ainda um certo trânsito desse “poder” sem norma específica limitadora.

No entanto, mesmo esse território de manobras, considerado discricionário; deve observar alguns critérios controladores, conforme a professora, Di Pietro (2002, p. 116-117) assevera:

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.

Por conta desse raciocínio, nota-se que cabe à administração agir para a proteção do interesse público, mas não pode livremente escolher o modo e a oportunidade, nem agir em desacordo com outras máximas que regem o direito público.

É o que ensina Di Pietro (2002, p. 116-117):

Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

A competência e o procedimento devem observar também as normas legais pertinentes.

Deste modo, fica claro que apesar da margem discricionária existente nos atos de poder de polícia, existem marcos delimitadores impeditivos de uso exacerbado desse mesmo poder discricionário.

Isso quer dizer que o poder de polícia tem uma limitação formal e material que deve ser observada pelo agente público sob pena de macular a validade do ato e sofrer consequências penais e administrativas por conta da transgressão.

No entanto, para este trabalho, a questão não está nessa seara do agente, mas centrada na imagem e repercussão dos atos do Estado.

Para isso tem-se que analisar a diferença entre o poder de polícia preventivo e o repressivo.

#### **4 PODER DE POLÍCIA PREVENTIVO X PODER DE POLÍCIA REPRESSIVO**

O poder de polícia pode ser classificado de várias formas, como por exemplo: normativo, que expede normas e regulamenta ações dos cidadãos e material, que fiscaliza o cumprimento dessas mesmas normas.

Pode também ser classificado como poder de polícia preventivo ou repressivo, que nada mais são do que subdivisão do poder de polícia material, e refletem a aplicação concreta daquilo que está abstratamente previsto na norma.

O poder de polícia preventivo se manifesta através das atividades estatais de fiscalização de cumprimento das leis, independentemente de haver-se observado ou não o seu descumprimento. Tem por finalidade evitar que o interesse público seja atingido, surpreendendo ou dissuadindo aquele que pretenda burlar a lei.

Por outro lado, o poder de polícia repressivo é exercido após ou durante a ocorrência da lesão ao interesse público, demandando que os agentes estatais tenham uma atuação específica e direcionada, para impedir a continuidade do ato lesivo.

Sobre o assunto, Meirelles (1992, p. 287-298), ao tratar sobre o direito e o dever de autodefesa do estado, explicita que:

...em todas as ações ou omissões individuais ou coletivas de repercussão na ordem interna, na paz social, na saúde pública, na economia popular e no bem-estar da comunidade. Ocorrendo perturbação em qualquer desses setores há interesse público no seu restabelecimento, o que justifica e requer o emprego do Poder Nacional através do poder de polícia administrativa ou judiciária como medida assecuratória ou restauradora da normalidade na vida da Nação, que é o objetivo último da segurança nacional.

Destarte, ao tomar conhecimento de que manifestantes estão praticando atos de depredação ao patrimônio público ou privado, cabe ao poder público coagir e reprimir tais atos para restabelecer a ordem e fazer cumprir a lei.

Por conta dessa percepção de que a polícia preventiva é o melhor caminho, conforme notícia veiculada por Folha UOL (2014), a Polícia Militar de São Paulo tem se esmerado em trilhar o caminho da redução dos riscos a seus componentes e aos próprios manifestantes, enquanto também protege o patrimônio público e privado:

A Polícia Militar de São Paulo vem treinando há três meses um grupo de 80 a 100 homens que vai atuar em protestos sem armas de fogo. Segundo a corporação, o grupo vai "retirar" das manifestações pessoas que demonstrarem intenção de praticar atos de vandalismo.

Os suspeitos serão identificados no decorrer das manifestações com a ajuda de agentes infiltrados, que deverão acionar os policiais da "tropa do braço" antes de começar o quebra-quebra.

Se as pessoas abordadas tiverem estilingues, coquetéis molotov ou objetos usados para depredação, deverão ser levadas ao distrito policial.

O grupo especial da PM usará apenas algemas e tonfa, espécie de cassetete com cabo lateral que facilita seu uso em posição de defesa.

Inspirada na experiência da França, que enfrentou uma série de protestos violentos na periferia de Paris em 2005, a ideia da "tropa do braço" é "ter risco zero de emprego de arma de fogo", revelou à Folha o comandante-geral da Polícia Militar, coronel Benedito Roberto Meira.

No entanto, ainda quando essas ações sejam meramente preventivas, também poderão ser efetuadas mediante atos mais vigorosos, como sugere o grifo em "retirar" contido na matéria.

É certo que nenhum manifestante mais exaltado, irá acordar em passar por uma "revista policial", ou deixar o local espontaneamente.

## 5 O AGENTE SER HUMANO E O AGENTE ENTE PÚBLICO

Quando analisado o ato como mero ato administrativo, a atitude comum de qualquer analista é tomar para si as dores do cidadão em detrimento das obrigações e limitações inerentes ao agir do agente público.

É certo que existe um regramento comum a todo e qualquer policial que se dirija a um “campo de guerra”, como se denomina um local onde há confronto entre manifestantes e policiais.

Como bem observa Reis (2011, p. 313-334): “O princípio da dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, mas um princípio que acompanha o homem desde a sua criação, porque cada ser humano é detentor de dignidade”, de tal modo que o policial ao assumir a figura de agente estatal não renuncia ao seu caráter de individualidade, de pessoa humana investida de dignidade.

Contudo, no local dos fatos, não há como negar que a carga de pressão aumenta, a racionalidade se vê prensada pelo instinto de autopreservação, e muitas vezes a autodefesa acaba se manifestando através de atos desmedidos, e isso ocorre para ambos os lados.

Ainda que isolados os efeitos irracionais, e dotados os policiais de alto grau de decisão e treinados até a exaustão, o “campo de guerra” tornaria sua reação uma decisão de reações instintivas.

Então estar-se-ia diante do julgamento individualizado, não mais do policial, como agente público, mas como ser humano que exacerbou o limite funcional, e o limite penal, além de possíveis danos civis.

Contudo, uma vez investido no poder de polícia repressivo, como agente do Estado, há que ser julgado seu ato como ato do próprio Estado, e como Estado deve-se entender o alcance dos atos praticados pelo agente, aproveitando-se a este o que se entender como obrigação do Estado, aumentando, se for o caso, o direito daquele como ser humano, uma vez que suas práticas, em determinados casos, como se verá, são absolutamente necessárias em uma ponderação constante do que deve ser feito para garantir o bem coletivo em detrimento do individual.

Em contrapartida o ato julgado exagerado, mesmo para os limites aumentados, será punido com penas mais severas que as infringidas a cidadãos comuns.

Importa então, estabelecer-se até que ponto um ato administrativo representado pelo poder de polícia é suficientemente capaz e eficaz para produzir a defesa do interesse da coletividade e proteger até mesmo o próprio indivíduo que pratica o ato.

Isso requer uma análise do ato administrativo e seus limites.

## **6 O ATO ADMINISTRATIVO**

No exercício da função pública, caberia ao agente representante do Estado praticar atos para a condução de suas atividades, de tal modo que, desde a execução de uma obra pública, à expedição de uma sentença judicial ou à votação plenária de uma lei ordinária, para esses atos praticados, independentemente de terem sido praticados pelo Executivo, Judiciário ou Legislativo, serão todos enquadrados como “atos administrativos”.

O uso de força no exercício do poder de polícia é um ato administrativo peculiar ao próprio Estado e produzirá efeitos no mundo jurídico desde a sua emissão até a sua efetiva conclusão e, em muitos casos, gerará a necessidade de efetivação de outros atos para verificação da sua pertinência e validade.

Segundo Di Pietro (2002, p.117), “ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público.”

A observância da lei, a sujeição ao regime jurídico de direito público e o controle pelo Poder Público implicam estar o poder de polícia restrito a regramentos, princípios e controles que o impedem de praticar livremente atos sem limites.

Exatamente por ter diante de si vários princípios que compõem o regime jurídico de direito público, tais como: princípio da discricionariedade, da eficiência, da proporcionalidade, da ponderação, da responsabilidade fiscal, da defesa do bem estar social, da defesa do interesse público, da manutenção da ordem, da garantia da integridade física, e outros, que o agente recebe uma

carga de discricionariedade para administrar o conflito entre esses princípios.

Como visto, ao ato administrativo, permite-se que haja discricionariedade, mas ainda como ato administrativo deve-se observar outros princípios de direito administrativo, sendo o da proporcionalidade o que mais se encaixa no uso do poder de polícia repressivo.

Nesse sentido, Di Pietro (2002, p. 117) explica que:

Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Sendo assim, quanto ao uso do poder de polícia, o que importa é a preservação do interesse maior, porém com uso de medidas controladas, que sejam suficientes para a manutenção da ordem.

## **7 ANÁLISE DE SITUAÇÕES EM UMA MANIFESTAÇÃO**

O grande problema está em conseguir que apenas uma presença ostensiva seja suficiente para essa manutenção, basta um disparo, ainda que acidental para ocorrer uma correria, um “estouro de boiada”, e controlar as ações subsequentes não é tarefa fácil.

Na já referida matéria publicada no site da Folha de São Paulo no UOL (FOLHAUOL, 2014), é interessante destacar o pronunciamento do Coronel Reynaldo Simões Rossi de que “Todo mundo fala que a polícia ora excede, ora omite. Esse ponto é o mais importante: em que hora eu devo atuar e de que forma que eu devo atuar”.

Sobre isso, Santin (2005, p. 208-216) se manifestou tenazmente ao abordar aspectos que envolvem a segurança pública:

O Estado não atua de forma adequada no combate à criminalidade e o anseio popular clama pela diminuição dos elevados índices de criminalidade, que afetam diretamente a vida das pessoas. A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e o seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas.

Por essa ótica é importante visualizar que ainda que as manifestações em princípio não sejam atos delituosos, a aglomeração e presença de indivíduos com praticas desvirtuadas acabam por descambar para uma parcela de risco à própria segurança pública.

A hipocrisia está exatamente em acreditar que não estando presente ao local e apenas assistindo a imagens pela televisão se pode ditar o que deveria ter sido feito em meio ao tumulto. Estar em meio ao tiroteio, ao corre-corre, ao quebra-quebra, a sons irritantes, latidos de cães, empurrado pelos que tentam fugir, acuado por opositores...

De tal modo que as pessoas, segundo o médico e sociólogo Le Bon (1895), de um ponto de vista psicossocial, ou seja, centrado no comportamento das mesmas em certas circunstâncias, quando fazem parte de uma massa deixam de ser elas próprias para fazerem parte do que ele chamou "alma da massa" ou espírito coletivo diferente do espírito individual de cada um dos indivíduos que fazem parte do fenómeno.

O mesmo autor, denominando esse grupamento de pessoas como "massas", aponta que estando as pessoas fisicamente próximas, denomina-se massa agregada, cujas pessoas encontram-se agrupadas por um interesse comum, tal como acontece, por exemplo, nas turbas. As turbas são massas agregadas de carácter ativo e em geral violentas que podem ser classificadas de agressivas (por exemplo, um protesto), evasivas (por exemplo, no caso de um incêndio), aquisitivas (como no caso dos saldos ou liquidações) e expressivas (como, por exemplo, reuniões religiosas).

Dada a falta de controle de forma efetiva, explica-se porque em um cenário de pressão, em meio a massa agregada quase nunca há como arrumar tempo e oportunidade para diálogo, de tal modo que um manifestante à frente de milhares de correligionários gritando palavras de ordem não conseguiria impor-se, e se conseguisse ser



ouvido em meio à gritaria geral, poucos o ouviriam e o seguiriam. É um cenário desolador.

A polícia recebe instruções para manter-se calma e evitar confronto, mas as duas situações dependem da ação externa, pois se houver agressão, fatalmente haverá reação, e ocorrendo reação as circunstâncias ditarão os limites necessários ao reestabelecimento da ordem interrompida.

Para prosseguir na análise do que se pode aceitar ou rejeitar dos atos praticados pelo agente público mixado com o ser humano por trás do agente, faz-se necessário criar um cenário imaginário, uma situação hipotética e a partir dela variar as possibilidades fáticas de forma a se encontrar respostas de aplicação prática do direito.

Neste caso, o método científico a ser utilizado é o método hipotético-dedutivo, que parte “das generalizações aceitas, do todo, de leis abrangentes, para casos concretos, partes da classe que já se encontram na generalização”, segundo Lakatos, Marconi (2004, p.71). Assegura Cotrim (2000, p.248-249), que o método hipotético-dedutivo foi criado por Karl Popper (1902-1994), físico, matemático e filósofo da ciência britânico, que criticou o critério da verificabilidade e propôs como única possibilidade para o saber científico o critério da não refutabilidade ou da falseabilidade. De acordo com este critério, uma teoria mantém-se como verdadeira até que seja refutada, isto é, que seja mostrada sua falsidade, suas brechas, seus limites.

Pois bem, tome-se por base uma manifestação pública com a participação de quinhentos mil manifestantes, todos na mesma avenida em direção ao palácio do governo, cercado este por dez mil policiais armados.

Para esta situação hipotética não será tratada a conduta de vândalos, ater-se-á a uma manifestação organizada e com o propósito de tomar o recinto do palácio e ali produzir atos apropriados a seus objetivos.

Pode-se imaginar pelo menos quatro situações hipotéticas:

- 1) Os manifestantes param no cordão policial e pacificamente realizam seus atos de protestos e não há reação dos policiais, encerrando-se o evento de forma ordeira e pacífica;

2) Os manifestantes após a chegada ao cordão policial são agredidos sem motivo algum pelos policiais, e inicia-se uma reação e sucedem-se atos de agressão de parte a parte;

3) Os manifestantes após a chegada ao cordão policial agredem os policiais que reagem e também sucedem-se atos de agressão mútuos; e

4) Os policiais abrem caminho e permitem que os manifestantes invadam o patrimônio público e por conta do grande número de manifestantes ocasionam danos aos bens públicos e não conseguem se manter em ordem.

Para o caso 1, não existem ações policiais necessárias a não ser a preventiva que acabou por resultar em limitação do uso espacial sem interferência nos rumos do próprio protesto.

Para o caso 2 e 3, há que se reservar uma análise da ação policial, observar quais limites foram ultrapassados, e estabelecer as punições adequadas.

Para o caso 4 estar-se-á diante da omissão do agente que merece uma análise em outro artigo, e por si só configura-se em crime de ordem funcional.

Desta forma, remanesceriam os casos 2 e 3, aos quais se aplica a seguinte pergunta – Diferem a violência da defesa e violência do ataque?

De certo modo não, a defesa ou o ataque violentos provocam resultados que dependerão do quanto de força foi empregada, mas a questão então será: Justifica-se?

Em direito existem situações que excluem a punibilidade, ou mesmo a tipificação penal, ou seja, o Estado de Necessidade e a Legítima Defesa.

No entanto, tais elementos seriam válidos quando somente quando em defesa de atos praticados pelo ser humano existente na figura do agente, e esta análise deve seguir na direção do agente como entidade, como Estado.

Para isso entende-se que o caso 4 seria inaceitável, Estado não pode deixar de defender o interesse público, restaria então, ao agente público, esperar que ocorra o caso 1, mas estar sempre preparado para a ocorrência do caso 3 e jamais para o caso 2.

Certamente que ocorrendo os casos 4 ou 2, estar-se-ia analisando desvios de conduta e não este estudo teria outro foco de debate, fugindo ao escopo deste trabalho, restaria o caso 3 e a questão: Qual seria o limite da reação cabível aos policiais diante da agressão?

Estariam eles limitados ao exercício de atos de polícia preventiva? Acredita-se que não, pois esta já estaria ultrapassada, a partir da agressão iniciada resta ao policial defender-se e reprimir a continuidade da agressão.

Veja-se o que diz a Di Pietro (2002, p. 116-117):

Alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não liminar os direitos individuais:

1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.

A leitura desses ensinamentos indicam duas preocupações: respeito à lei e senso de oportunidade.

É óbvio que qualquer excesso, de parte a parte, deve ser inibido, mas a adequação dos meios é intimamente ligada ao poder de se fazer presente, eficiente e contundente. Um corpo policial inexpressivo, sem poder de reação e passivo, jamais alcançaria o objetivo de proteger o interesse público.

O cenário acima está materializado no caso da morte do cinegrafista da TV Bandeirantes, Santiago Andrade, em que além da ameaça a bens materiais está também sob perigo a integridade e a própria vida dos presentes, conforme se depreende do fato noticiado por *Estudiobandnotícias* (2014).

O cinegrafista Santiago Andrade, de 49 anos, foi atingido na cabeça por um rojão durante um protesto contra o aumento da passagem de ônibus no Rio de Janeiro. O caso aconteceu na última quinta-feira e, na segunda-feira, ele teve morte cerebral constatada.

Na ocasião, os PMs tentaram impedir que black blocs pulassem as catracas, ainda no começo da noite. Devido às depredações, os acessos ao Palácio Duque de Caxias e ao Campo de Santana da estação do metrô na Central chegaram a ser fechados. O Batalhão de Choque foi acionado e usou bombas de efeito moral para controlar a situação.

Por conta desse episódio foi possível identificar a agressão cometida por participantes de forma gratuita, independentemente de atos de força policial, e o que se seguiu foi uma cobrança da opinião pública por manifestações sem agressividade, organizada e consciente.

De fato, o direito à segurança pública não pode ser invocado isoladamente por um cidadão em detrimento de outro, não podendo o Estado escolher oferecer segurança pública a apenas determinados grupos ou indivíduos.

O tema tem tratamento específico na Constituição Federal de 1988 no artigo 144. O texto dispõe que a segurança pública é “dever do Estado” e deve ser exercida pelas Polícias Federal, Rodoviária Federal, civis, militares e Corpos de Bombeiros militares. Qualquer lei precisa respeitar as estruturas previstas na Constituição

Não estariam desta forma, blindados os manifestantes contra o império da lei e do Estado de direito, se sujeitariam, pois, às mesmas regras de responsabilidade e de submissão a atos de autoridade.

A proteção ao patrimônio público e privado é uma questão de segurança pública e como tal deve ser encarada, a atitude policial não deve se pautar em agradar um lado ou outro do embate, ao contrário deve ser imparcial e pautada nos princípios legais que regem as funções do Estado.

É com essa observação que Santim (2005, p. 208-216), se posiciona ao se manifestar sobre a titularidade do direito à segurança pública:

O direito à segurança pública tem característica predominante de direito ou interesse difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato no interesse geral de recebimento de proteção fornecida pelo Estado na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Por esse motivo, o problema da polícia está em conter os abusos, pois quaisquer atos, e quaisquer que sejam os motivos merecem cuidado e atenção, sendo uma das implicações desse poder único do qual ela é dotada para garantir a segurança pública, o poder do uso da força.

Por conta disso, resta a indagação: Ao defender o bem público da agressão qual o limite de força que deve ser utilizado diante de um agressor que se vale de uma massa popular enfurecida?

Um policial acuado deve permitir que o agridam ou reagir e por isso terá praticado a violência policial que a mídia explora sem contextualizar?

## **8 LEGALIDADE DOS ATOS DE FORÇA E A ILEGALIDADE DOS ATOS DE VIOLÊNCIA**

Conceitualmente, tende-se a distinguir força e violência com base na legalidade dos atos de força e na ilegalidade dos atos de violência. Assim, quando os policiais valerem-se de força física de forma ilegal, estarão praticando atos de violência.

Então, quando praticarem atos de força, dentro da legalidade, na defesa do bem coletivo, não se pode nomear de forma generalizada como atos de violência.

É o que constatou Mesquita Neto (1999, p. 130 -148), ao afirmar que:

Do ponto de vista político ou sociológico, há uma tendência a distinguir os conceitos de força e violência com base não apenas na legalidade, mas também e principalmente na legitimidade do uso da força física. Nessa perspectiva, são considerados casos de violência policial não apenas aqueles que envolvem uso ilegal, mas também e principalmente os que fazem uso ilegítimo da força física por policiais

contra outras pessoas, sobretudo os que registraram um uso desnecessário ou excessivo da força física, no que concerne à preservação da segurança pública.

Por conta dessa visão, conceitualmente, em ambos os casos a força está presente, porém só será considerado juridicamente como ato violento quando ultrapassar o limite legal.

Neste ponto o questionamento é imperativo: qual o limite legal para práticas de ato de força? A partir de que momento um ato de força passaria a ser considerado violento e, portanto, ilegal?

A questão é intrigante, um policial poderia estar agindo com emprego de força física e estar dentro da legalidade, mas no momento seguinte não.

Quando se está diante de uma situação em que nitidamente se identifica um ponto em que a força utilizada já teria provocado efeito suficiente, não há mais o que se questionar, pois desse ponto em diante qualquer emprego de força seria um abuso, como por exemplo, após dominado um assaltante, imobilizado, desarmado e algemado, atos de humilhação, mutilação, tortura, entre outros violentos, serão ilegais.

Por outro lado, em meio a um tumulto, onde não há como identificar com nitidez em que momento se dá esse efeito de suficiência, como estabelecer, a não ser individualizando-se os eventos, se o emprego da força ultrapassou o limite da proporcionalidade e razoabilidade?

Para tentar responder a esses questionamentos, é preciso analisar a legislação acerca do uso legal da força.

## **9 O USO DA FORÇA**

No Brasil, a Constituição da República assegura direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e autoriza o Estado, através de seus representantes, a estarem se utilizando dos meios de força nas situações em que isto se fizer necessário, a bem da coletividade. Assegura-se assim, que somente o Estado, através do poder de polícia detém o monopólio do uso da força e o exerce por meio de seus encarregados de aplicação da lei.

Por mandato constitucional, existem vários dispositivos legais pátrios que autorizam o Estado a atuar coercitivamente em busca de impor determinada conduta, inclusive estando autorizado a empregar a força nos casos legalmente previstos.

Para melhor contextualização, será abordada a legislação internacional que trata do uso da força, apontando seus principais instrumentos e o que de mais importante eles trazem sobre o assunto.

Através de uma interatividade analítica entre esses instrumentos nacionais e internacionais, procurar-se-á aclarar os limites éticos e legais em relação ao uso da força, bem como identificar possíveis omissões legais, dentre outros.

## **10 LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O USO DA FORÇA**

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, através da resolução 34/169, em 17 de dezembro de 1979, o Código de Conduta para Encarregados de Aplicação da Lei – CCEAL que possui 08 (oito) artigos:

- Art. 1º – Os encarregados da aplicação da lei devem cumprir o que a lei lhes impõe, protegendo todas as pessoas contra atos ilegais;
- Art. 2º – Estes funcionários devem respeitar e proteger os direitos fundamentais e a dignidade humana;
- Art. 3º – Os encarregados de aplicação da lei somente poderão utilizar a força quando for estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do dever;
- Art. 4º – Tratar corretamente com informações confidenciais;
- Art. 5º – Proibição à tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes;
- Art. 6º – Proteção da saúde das pessoas que se encontrarem sob a guarda dos encarregados de aplicação da lei;
- Art. 7º – Proibição da prática de atos de corrupção, bem como estes funcionários deverão opor-se e combater tais práticas;
- Art. 8º – Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar a lei e este Código, bem como devem opor-se a quaisquer violações destes.

Também a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou os Princípios Básicos sobre o uso da força e armas de fogo – PBUFAF –

no Oitavo Congresso das Nações Unidas, realizado em Havana, Cuba, entre 27 de agosto e 7 de setembro de 1990.

Em suma, os PBUFAF destacam o seguinte:

- 1) Os governos deverão equipar os policiais com vários tipos de armas e munições, permitindo um uso diferenciado de força e armas de fogo;
- 2) A necessidade de desenvolvimento de armas incapacitantes não-letais para restringir a aplicação de meios capazes de causar morte ou ferimentos;
- 3) O uso de armas de fogo com o intuito de atingir fins legítimos de aplicação da lei deve ser considerado uma medida extrema;
- 4) Os policiais não usarão armas de fogo contra indivíduos, exceto em casos de legítima defesa de outrem contra ameaça iminente de morte ou ferimento grave, para impedir a perpetração de crime particularmente grave que envolva séria ameaça à vida, para efetuar a prisão de alguém que resista à autoridade, ou para impedir a fuga de alguém que represente risco de vida.

Destes dispositivos pode-se extrair que em essência a própria ONU reconhece a necessidade de serem utilizados meios coercitivos para que se cumpra o dever legal.

Além disso, desses mesmos dispositivos se pode extrair o reconhecimento, pela ONU, da autoridade de cada um de seus membros na defesa dos direitos ao estabelecer parâmetros universalmente aceitos.

Também se pode extrair o conceito de que um policial tem o direito à legítima defesa e, em várias outras situações, de valer-se de armas de fogo no cumprimento do dever.

## **11 LEGISLAÇÃO NACIONAL SOBRE O USO DA FORÇA**

Na legislação brasileira, o uso da força e, também, da arma de fogo vem regulado em vários institutos, sendo eles os Códigos Penal e de Processo Penal Brasileiro e os Códigos Penal e de Processo Penal Militar Brasileiro.

O Código Penal Brasileiro contém causas de exclusão da antijuridicidade, as quais encontram-se relacionadas no artigo 23, como vemos adiante:



Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Já o Código de Processo Penal Brasileiro traz os seguintes dispositivos relacionados ao uso da força:

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Interessante ressaltar que neste artigo 292 do CPPB o uso de meios necessários deixa uma infinidade de interpretações do que seriam exatamente “meios necessários”.

Ainda no CPPB:

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

As ações de entrar à força, arrombar portas e efetuar a prisão não estão contidas em uma lista de amenidades.

O Código Penal Militar em vigor no país traz o artigo adiante:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:  
I – em estado de necessidade;  
II – em legítima defesa;  
III – em estrito cumprimento do dever legal;  
IV - no exercício regular de direito.

Tais conceitos devem se coadunar com outros dispositivos legais, e será necessário estabelecer se o uso da força repressiva não contrariou esses elementos, de forma a evitar que fraudes e forja de provas possam macular a verdade dos fatos.

Por fim, o Código de Processo Penal Militar traz os seguintes dispositivos que tratam do uso da força:

Art. 231. Se o executor verificar que o capturando se encontra em alguma casa, ordenará ao dono dela que o entregue, exibindo-lhe o mandado de prisão.

Parágrafo único. - Se o executor não tiver certeza da presença do capturando na casa poderá proceder a busca, para a qual, entretanto, será necessária a expedição do respectivo mandado, a menos que o executor seja a própria autoridade competente para expedi-la.

Art. 232. Se não for atendido, o executor convocará duas testemunhas e procederá da seguinte forma: sendo dia, entrará à força na casa, arrombando-lhe a porta, se necessário; sendo noite, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombar-lhe-á a porta e efetuará a prisão.

Art. 234. O emprego da força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e seus auxiliares, inclusive a prisão do defensor. De tudo se lavrará auto suscrito pelo executor e por duas testemunhas.

Aqui também se percebe que o legislador dotou a polícia do uso da força em suas necessidades.

## **12 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO SOBRE O USO DA FORÇA**

Os instrumentos internacionais citados não possuem força de Tratado, de modo que sua efetivação não é vinculada, ou seja, seu acolhimento pelos países não é obrigatório. Todavia, a sua formulação teve como intuito orientar, como normas gerais, os Estados membros quanto à conduta de suas forças policiais.

Interessante observar que o uso da força pelos policiais é considerado legítimo em ambos os instrumentos, mas desde que este uso seja pautado na ética e na legalidade.

No PBUFAF se destacam a importância do treinamento e conduta dos policiais, reconhece a importância e complexidade do trabalho que desempenham, além de destacar seu papel de vital importância na proteção da vida, liberdade e segurança de todas as pessoas.

Por falta de força de Tratado, ficou, a cargo dos Estados membros construir um arcabouço jurídico de âmbito interno que contemple todas as questões que envolvam a questão. Dessa forma, como visto os Códigos Penal e Processual Penal Brasileiro e os Códigos Penal e Processual Militar Brasileiro possuem institutos que visam regular o assunto.

Contudo, tais institutos são insuficientes, não contemplando em sua magnitude a questão do uso da força, conforme entendimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública (BRASIL, 2001):

Uma boa estrutura jurídica pode proporcionar uma orientação para o uso da força, embora não ofereça uma solução implementável para um conflito a ser resolvido. O sistema jurídico brasileiro apresenta lacunas e imprecisões quanto à legalidade e limites permitidos do uso da força.

No mesmo sentido, também Barbosa e Angelo (2001, v5, p. 275) asseveram a necessidade de corrigir a lacuna ao afirmar que “É necessário, portanto, que a Legislação Brasileira absorva em sua legislação uma norma única que trate do assunto e oriente tanto a sociedade quanto os policiais brasileiros.”

Nota-se que a legislação vigente carece de aspectos mais objetivos, que abarquem os diferentes casos e situações que ocorrem na vida profissional dos agentes encarregados da aplicação da lei. A ausência dessa maior objetividade e clareza na legislação dificulta a atuação destes agentes, pois impossibilita uma interpretação mais precisa por parte destes em relação à intensidade de força a ser empregada, às situações em que seu uso é permitido, bem como aos meios a serem utilizados para vencer a atitude hostil que contra eles é perpetrada.

Também neste sentido, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP, 2001) define que:

Pretende-se que a autorização legal para o uso da força seja inserida na legislação nacional, definindo as circunstâncias sob as quais a força pode ser empregada, assim como os meios que podem ser utilizados em cada situação particular de uso da força.

Por conta desta constatação, o assunto merece maior atenção das autoridades constituídas na elaboração de uma legislação mais clara, e detalhada, prevendo o maior número possível de situações práticas e circunstâncias que permitiriam o devido emprego de força. A legislação vigente é vaga neste sentido e omissa em muitas ocasiões, dificultando seu entendimento e correta aplicação prática.

Ainda sobre o assunto, no Manual de Prática Policial da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG, 1999), é encontrada outra constatação acerca da ausência de texto legal sobre a matéria: “Percebe-se assim como a ausência de uma regulação formal do que sanciona ou não o uso de um determinado nível de força tende a levar a um emprego máximo de força”.

Por conta dessa premissa, o emprego da força não tem parâmetro avaliativo e uma legislação omissa e pouco objetiva dá espaço para variadas interpretações adentrando no campo da subjetividade, que pode resultar em uso indevido da força e sérios prejuízos a todos.

Restaria saber se efetivamente os meios empregados foram eficientes e a realização da tarefa atingiu os resultados buscados, não se trata de simplesmente ser tolerante com o agente público no exercício de sua função, trata-se de ser justo ao analisar sua postura e aquilo que seria razoável exigir-lhe nas condições que se apresentavam no momento em que os atos de força foram exigidos.

Essa é, também, a constatação de Santin (2005, p. 208-216), ao justificar o uso da razoabilidade e da proporcionalidade para análise de casos que envolvam a segurança pública:

A razoabilidade e a proporcionalidade devem ter grande aplicação na análise judicial da eficiência dos serviços de segurança pública. A razoabilidade deverá levar em consideração tanto a lógica do razoável (interesses e razões) como a lógica do racional (causa e efeitos), porque para decidir sobre o caminho a percorrer para atingir a finalidade de garantir a segurança pública, o fenômeno da violência e da criminalidade deve ser conhecido, inclusive para interferência na causa.

Desse raciocínio compreende-se que o julgamento dos atos de força deve considerar os elementos que compuseram o “teatro de operações” e quais foram os atos exatamente necessários para a prevenção ou mesmo a repressão, e se a ideia de que foram violentos não estaria equivocada, uma vez que a força empregada, embora vigorosa, tenha sido a única possível a ser tomada numa situação extremada pelos acontecimentos e fatores emocionais que somente um indivíduo naquelas condições pudesse ponderar.

### **13 CONCLUSÃO**

Embora o uso da força pela polícia seja medida necessária para determinadas situações, sempre que houver excessos, como tal deverão ser tratados, devendo os agentes serem julgados e punidos na medida de suas responsabilidades e ações ou omissões.

Não podem ser legitimados os atos de força praticados além do limite legal, porém não se pode considerar ilegítima a ação policial quando emprega força repressiva necessária à manutenção ou ao reestabelecimento da ordem pública.

O uso da força não deve ser ilimitado, porém deve ser considerado elemento aceitável quando atos ilegais forem praticados contra pessoas e patrimônios, se se restringirem ao exercício do poder de autoridade, de forma controlada e dentro de limites legais, uma vez estando impedido o agente público de assistir passivamente a atos dessa natureza e extensão.

O estabelecimento de códigos de condutas com as adequadas penas disciplinares além de treinamento da força policial propiciaria a adoção de atitudes mais frias e permitiria que muitas ações precipitadas praticadas por policiais despreparados fossem evitadas. Tais ações precipitadas certamente culminariam em enfrentamentos que redundariam em perda do controle emocional e

da situação, levando ao caos e a adoção de medidas de força de ordem crescente e por vezes insustentáveis.

Além do reconhecimento de que não há como a polícia não praticar ato de força, em situações limites, que estejam fora do controle razoável, é preciso que haja uma abordagem menos sensacionalista e mais comprometida com valores éticos por grande parte da imprensa, de forma que os destaques unilaterais e providos de interesses econômicos sejam deixados de lado e a cobertura jornalística seja instada a buscar garantir a integridade de ambos os lados.

Essa participação da imprensa, indispensável para que nenhum dos lados abuse do seu direito, é também indispensável para que o Estado democrático seja preservado e a garantia dos direitos fundamentais se torne efetiva, além de registro histórico, e fotografia fiel de acontecimentos a impedir que erros, excessos e desvios fiquem impunemente ocorrendo, permitirá, por outro lado, que o Estado demonstre o alto grau de comprometimento com os direitos fundamentais de respeito à vida e à dignidade humana.

O caminho pela paz é uma linha tortuosa que delimitada pelas batalhas travadas, traz ao final, aos lados opostos a certeza de que a paz é o melhor troféu.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Sérgio Antunes; ANGELO, Ubiratan de Oliveira. **Distúrbios civis: controle e uso da força pela polícia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. 5 v.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª edição. Lumen Júri: 2005. p. 67.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia: História e grandes temas**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTUDIOBANDNOTICIAS -

<http://estudiobandnoticias.com.br/2014/02/12/suspeito-de-acender-rojao-que-matou-cinegrafista-e-presno-na-ba/?print=1> acesso em 15/02/2014

FOLHAUOL - <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1411475-policia-militar-vai-usar-tropa-do-braco-em-protestos-em-sp.shtml> acesso em 15/02/2014

LAKATOS, Eva Maria y MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

LE BON, Gustave. **Psicologia das Massas** (1895)

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 18ª edição, Malheiros: 1995.

\_\_\_\_\_. **Poder de polícia e segurança nacional**. Revista dos Tribunais, v. 61, n 445, nov. 1972.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Direito Administrativo**. 2003, p. 62.

MESQUITA NETO, Paulo. **Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle**. In: CIDADANIA, justiça e violência/ Organizadores Dulce Pandolfi...[et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JÚNIOR, Domício; DINIZ, Eugênio. **Uso de força e ostensividade na ação policial**. 1999. Disponível em: <[HTTP://www.fafich.ufmg.br/~bacp/artigos/muniz006.htm](http://www.fafich.ufmg.br/~bacp/artigos/muniz006.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. **Manual de Prática Policial**. 1. ed. Belo Horizonte: 2002. 1 v. p. 65. 25.

REIS, Junio Barreto - **Direitos fundamentais e relações privadas: o uso da ponderação** – Revista Argumenta - UENP Jacarezinho Nº 15

SANTIN, Valter Foletto - **Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública, revista argumenta** - UENP - Jacarezinho nº 05, 2005

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, **Manual de Segurança Pública** - nota 3, 2001

FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPEDES SOARES DA ROCHA"

Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM

Pós Graduação "strictu-sensu" - área Jurídica

# FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

<sup>23</sup>*Leandro Carolli Garcia*

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que o objetivo do presente texto, consiste em analisar, de forma não aprofundada, o constitucionalismo, com o intuito de se alcançar, uma melhor compreensão, a respeito, do direito constitucional atual.

Trabalhando aspectos da temática jurisdição constitucional, o presente artigo científico, faz alusão aos problemas jurídicos-políticos a que o movimento constitucional procurou dar resposta, assim como, demonstra que o constitucionalismo se desenvolve no âmbito social, e, que a constituição compreendida como moderna, representa a ordenação máxima jurídico-política de uma sociedade organizada, formalizada num documento escrito, que prevê um conjunto vasto de direitos fundamentais, e seus respectivos mecanismos de garantia, com o intuito de limitar e moderar a atuação do poder político.

O artigo científico, indica que, a interpretação constitucional, será absolutamente vital, para a aplicação do conteúdo normativo previsto no texto instituidor, considerando-o como um sistema aberto, flexível, dinâmico, que está efetivamente interado com a realidade social.

---

<sup>23</sup> Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM 2007). Possui Pós Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário (2014). Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM 2014). Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Previdenciário, Direito Penal e Direito Processual Civil. Pesquisador nas temáticas, Direitos Fundamentais, Hermenêutica Constitucional e Duração Razoável do Processo. E-mail Lecarolligarcia@hotmail.com



Destaca aspectos da chamada nova hermenêutica, e, da teoria dos direitos fundamentais, redefinindo as relações entre valores, princípios e regras. Atribui destaque a força expansiva dos valores dignidade humana e dos direitos fundamentais, e os posicionam como parâmetros de valores a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Reconhece a normatividade dos princípios, conclui que o movimento constitucional brasileiro, caminha em busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição, e do desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos, na sistematização dos princípios específicos de interpretação constitucional.

Define determinados aspectos do ativismo judicial no Brasil, e destaca a relevância que o Poder Judiciário tem no cenário social, no cumprimento de sua missão constitucional de atribuir eficácia aos direitos fundamentais garantidos no Estado de Direito brasileiro.

A proposta deste trabalho é demonstrar, a evolução, e, a nobre função do direito constitucional brasileiro, destacando as características da chamada nova hermenêutica constitucional, desenvolvidas no corpo deste artigo científico, questionando se a aplicação adequada do conteúdo normativo constitucional, efetivamente contribui para a pacificação social.

Para alcançar o objetivo almejado, o presente trabalho se pautou no estudo bibliográfico, dos textos desenvolvidos no curso de mestrado em direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, sobretudo os textos ministrados na disciplina Teoria do Estado, o método utilizado predominantemente é o dedutivo.

## **2 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO**

Para compreender o direito constitucional, é necessário, em primeiro lugar, aludir aos grandes problemas jurídicos-políticos a que o movimento constitucional moderno procurou dar resposta.

O notável constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra "Direito Constitucional e teoria da Constituição", aponta que, primeiro, é necessário refletir em torno dos ciclos longos e dos momentos fractais da idéia constitucional, para depois proceder ao

estudo sistemático das estruturas fundamentais do direito constitucional ( em sua obra, se refere ao direito constitucional português).<sup>24</sup>

Segundo o autor, o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno, tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos mais rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês).

Seria mais adequado dizer, que existem diversos movimentos constitucionais nacionais, mas com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

Logo, a noção básica de constitucionalismo, reflete os vários movimentos constitucionais, formados nos corpos sociais, para N. Matteuci,<sup>25</sup> " o constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. "

José Joaquim Gomes Canotilho, menciona que, o conceito de constitucionalismo transporta, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.<sup>26</sup>

Numa outra aceção - histórico descritiva- referido autor, fala em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social, e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, Livraria Almedina-Coimbra, 1998. pg.45.

<sup>25</sup> Cfr. N. MATTEUCI, " La Costituzione Statunitense ed il moderno costituzionalismo", in Costituzione Statunitense e il suo significato odierno, Bologna, Il Mulino, 1989.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, Livraria Almedina-Coimbra, 1998. pg.45.

O constitucionalismo moderno, legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos, e fixam os limites do poder político. É possível desdobrar este conceito de forma a captar as dimensões fundamentais que ele incorpora:

Primeira dimensão: A ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; segunda dimensão: declaração nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; terceira dimensão: organização do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídico ocidental de constituição."<sup>27</sup>

O objetivo dessa parte introdutória do presente trabalho científico, não está centrado no aprofundamento do tema constitucionalismo e constituição, mas demonstrar que o constitucionalismo se desenvolve no âmbito social, e que a constituição compreendida como moderna, representa a ordenação máxima jurídico-política de uma sociedade organizada, formalizada num documento escrito, que prevê um conjunto vasto de direitos fundamentais, e seus respectivos mecanismos de garantia, com o intuito de limitar e moderar a atuação do poder político.

Após demonstrar, de forma superficial, a idéia de constituição e constitucionalismo, passaremos a analisar, a estrutura normativa como sistema, um todo, composto de várias partes, ou seja, um conjunto de elementos coerentes e coordenados formando um sistema.

### **3 CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO**

A palavra sistema é de origem grega, e significa o composto, o construído, na sua significação mais extensa, o conceito se referia à idéia de uma totalidade construída, composta de várias partes. Um conjunto de elementos coerentes, coordenados. Posteriormente, com

---

<sup>27</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, O Conceito Ocidental de Constituição", in RLJ, 119, pg. 36 e ss.

o uso, chegou-se a um sentido mais restrito, e então passou-se a ter o conceito de sistema aliado ao conceito de ordem, organização.

A compreensão da palavra sistema, será importante, para compreendermos o conjunto de normas, que denominamos de sistema jurídico. Para Norberto Bobbio <sup>28</sup> "uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico", ou seja o direito se traduz na idéia de sistema através do ordenamento jurídico.

Segundo Kant "sistema é uma relação entre o todo e as partes, onde a retirada ou acréscimo de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica".

Como podemos observar esse modelo apresentado por Kant, pressupõe uma força única, central, que difere preponderantemente da mera soma das partes do sistema, concluindo-se que um sistema não poderia ser desmontado e montado de novo sem se perder algo, pois o todo precede as partes sendo mais que uma simples agregação de elementos.<sup>29</sup>

Portanto a compreensão de sistema como uma unidade de elementos que se apresenta de maneira organizada, será fundamental para compreendermos o sistema jurídico, que se forma a partir de um conjunto de elementos normativos, que integram a estrutura maior.

Os sistemas podem ser classificados em abertos ou fechados, na medida em que se interagem ou não com as mudanças externas.

"Quando se fala em sistema aberto, se refere ao sistema de normas que esteja efetivamente em interação com a realidade social. Ou seja, quando a conduta da comunidade permanente, que pode-se identificar-se como nação, de alguma maneira tem influência em todo contexto que compõem as normas jurídicas, não importando como esse fator se reveste, tanto podendo ser através de uma emenda constitucional ou mesmo por intermédio de interpretação das normas, quando essa interpretação dá um novo sentido à norma, sem obviamente alterar o

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição. Editora UnB. Brasília, 1999. pg.22.

<sup>29</sup> FURQUIM, Maria Célia de Araujo, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 20 | p. 130 | Jul / 1997 | DTR\1997\286

sentido do texto em si. Ou seja sem afetar o sentido estrutural da norma."<sup>30</sup>

De acordo com a citação supra, o sistema aberto está efetivamente em interação com a realidade social, é um sistema móvel, flexível, e dinâmico, uma vez que está em permanente conexão com o mundo dos fatos, logo suscetível às alterações que ocorrem no âmbito social.

O sistema aberto revela mais adequado para acompanhar a evolução social, propiciando a atualização da ordem jurídica, na medida da possibilidade ofertada pela norma, de forma a atender às mudanças operadas na sociedade.

De outro modo, o sistema fechado se caracteriza por sua estabilidade, não que seja, absolutamente estanque, pois até pode se movimentar, mas o faz segundo os seus próprios mecanismos, que são extremamente limitados, um sistema que não interage com o meio externo, portanto revela inadequado para acompanhar a dinâmica da evolução social.

Considerando as características peculiares de cada sistema (sistema fechado e sistema aberto), é absolutamente coerente afirmar que a Constituição é um sistema jurídico aberto, composto por elementos normativos que se classificam em regras e princípios.

Segundo Konrad Hesse, para o direito constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do direito.<sup>31</sup>

A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada "atualização das normas constitucionais."<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Id. Ibid.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad: Escritos de *derecho cosntitucional*. Madri: Centro de estudos *constitucionales*, 1992, p.34

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, 2002. pg. 111

Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias.<sup>33</sup>

Desta forma, a interpretação constitucional será absolutamente vital, para a aplicação do conteúdo normativo previsto no texto instituidor, considerando-o como um sistema aberto, flexível, dinâmico, e que está efetivamente interado com a realidade social.

#### **4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

A jurisdição constitucional adquiriu, especialmente a partir da segunda metade do século XX- período que se identifica, por sua vez com o final da segunda Guerra Mundial e com o conseqüente incremento do papel reservado aos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos, bem como a consolidação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração Kelseniana, notadamente nos países europeus e, mais especialmente, na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional passou a ocupar um lugar de destaque no sentido de garantia e de realização desses direitos- uma nova dimensão, mais ativa e ampla do que aquela que lhe era tradicionalmente reservada no contexto liberal, onde lhe cabia, tão somente, uma apreciação silogística e formal no sentido de preservação da Constituição.<sup>34</sup>

A partir da noção valorativa e destacada atribuída aos direitos fundamentais neste contexto, contudo, traduzida a refletida, por seu turno, numa compreensão material, aberta e comunitária acerca da Constituição, desenvolve-se a idéia de que estes direitos, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material, configuram e conformam, segundo expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão, uma "ordem objetiva de valores" que possui uma dimensão objetiva e, por

---

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, 2002. pg. 111

<sup>34</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Editora Lumen Juris. pg. 1.

consequente, um caráter vinculante com relação a todos os poderes e âmbitos do Estado, sendo a sua realização impositiva em todas as esferas e em todas as instâncias.<sup>35</sup>

Dado seu caráter aberto, no entanto, que demanda, por seu turno, uma direta interação com a realidade, a necessidade de sua concretização confere ao Judiciário uma atuação determinante e construtiva, sendo que, em alguns casos, pressupõe-se o desenvolvimento de alguns recursos hermenêuticos e interpretativos que acabam por atribuir à jurisdição um papel valorativo de criação e de especificação de determinados conteúdos tidos como fundamentais, resultando, daí, algumas críticas pautadas pelo argumento de que tal situação implica uma violação do princípio clássico de separação dos poderes, uma vez que estas seriam competências tipicamente de ordem legislativa, principalmente pelo fato de que este último poder possuiria maior legitimidade democrática, eis que seus representantes são eleitos pelo voto direto e sobretudo, por respeitar a lógica do critério da maioria.<sup>36</sup>

Nesta esteira, o constitucionalismo contemporâneo, se caracteriza pela marcante relação entre os poderes e o papel reservado às decisões democráticas, principalmente no que tange à função dos direitos fundamentais.

De acordo com a concepção republicana consagrada nos Estados Unidos da América, após a declaração da independência, o poder mais temível a ser limitado era o Poder Legislativo, pois este possui a função mais relevante, a de legislar. É com base nisso que se propõe atribuir aos juízes o poder de limitar os atos legislativos e administrativos, quando estes contradigam a Constituição. Com isto, o passo mais importante em relação a uma concepção constitucionalista estava dado a criação de sistema de controle de constitucionalidade.<sup>37</sup>

Já o modelo francês pós-revolucionário, que influenciou os sistemas constitucionais de grande parte dos países que adotaram o

---

<sup>35</sup> ID. Ibid. pg. 1.

<sup>36</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Editora Lumen Juris. pg. 1.

<sup>37</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 109.

modelo da "*Civil law*"<sup>38</sup>, prioriza o princípio da Legalidade, exercido por meio dos representantes reunidos no Parlamento.

A razão que levou os franceses a restringir o juiz como "*bouche de la loi*" (Juiz como boca da lei) foi a de que o judiciário francês mantinha, com a aristocracia, vínculos visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Antes da Revolução francesa, os membros do Judiciário francês constituíram classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com o valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, fazendo com que o cargo de magistrado fosse usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.<sup>39</sup>

A preocupação dos revolucionários franceses foi desenvolver um direito novo, baseado na estrita separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário.

Em contrapartida, na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa, em 1688, ficou estabelecido o instituto da *supremacy do the parliament* (supremacia do parlamento). Logo, não houve nem uma necessidade de afirmar a prevalência da lei sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum (*common law*) em face do rei. A norma elaborada pelo legislativo estaria inserida dentro do *common law*, na busca da afirmação dos direitos e das liberdades do povo inglês contra o rei. Por isso, a Revolução não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito.<sup>40</sup>

Com a concepção de soberania constitucional, coube ao Judiciário o poder de manifestar-se em questões relacionadas a interpretação da Constituição. Com a independência das colônias americanas, em 1776, as cartas foram substituídas pelas novas Constituições. Como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem a Carta

---

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. ILKIU, Ivan Moizés. Acesso à Justiça e Concretização e Direitos. Artigo, Jurisdição Constitucional e Políticas Públicas. Editora Boreal, 2014, pg. 134.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pg. 52.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pg. 46.



Magna e a legislação do Reino Inglês, tornou-se praticamente natural controlar as leis que contrariassem a Constituição dos Estados Unidos da América.<sup>41</sup>

Neste linear, de fundamentar as origens dos tribunais constitucionais, e da respectiva jurisdição constitucional, apontaremos o entendimento dos pensadores Alemães: Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Carl Schmitt entendia ser tarefa do Poder Judiciário, única e exclusivamente, a subsunção de certos fatos aos pressupostos normativos previamente postos pelo legislador. A análise e apreciação da constitucionalidade das leis não se enquadra, portanto, a seu ver, nos limites desta concepção restrita, uma vez que, para ele, tal atividade consistia, tão somente, em se verificar a compatibilidade entre lei e Constituição, o que ultrapassava e desvirtuava, naturalmente, a função reservada aos magistrados, já que tal ato não passava de uma comparação entre normas.<sup>42</sup>

Em suma, desde a perspectiva do autor, somente devem considerar-se com decisões jurisdicionais (racionais) aquelas que sejam fruto de uma subsunção. Como as decisões que envolvem a jurisdição constitucional não possuem este caráter, elas não podem ser concebidas como atos jurisdicionais, senão como atuações políticas. Consequentemente, afigura-se como preferível não confiar tão importante tarefa a juízes carentes de legitimação popular direta.<sup>43</sup>

A isto responde Kelsen, sustentando que, se entende a política como "decisão", então está presente, em toda sentença, um elemento de decisão, de exercício de poder. Assim, para o jurista austríaco, a diferença de índole política de que se reveste a aplicação de qualquer lei e o controle de constitucionalidade é, tão-somente, de natureza quantitativa, e não propriamente qualitativa.<sup>44</sup>

Diante de tal quadro, segundo ele, não há por que se rejeitar a existência de um órgão específico encarregado de executar tal tarefa, posição que acabou, enfim, prevalecendo, ao menos enquanto modelo de referência.

---

<sup>41</sup> ID. Ibid. pg. 44-45.

<sup>42</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Editora Lumen Juris. pg. 45.

<sup>43</sup> ID. Ibid. pg.45.

<sup>44</sup> ID. Ibid. pg.45.

Tal sistema, ao adotar uma lógica concentrada de controle, difere, por sua vez, da *judicial review* americana- de caráter difuso- em aspectos decisivos, pois confia a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição.<sup>45</sup>

Esta variação esconde, todavia, uma profunda significação por detrás de sua simples aparência prática: se a desconfiança com relação aos juízes levou, na França, à radicalização do controle de constitucionalidade- onde o mesmo é feito em caráter preventivo, por um tribunal de natureza política- essa mesma desconfiança levou, em outro nível, à exclusão dos juízes ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais que se localizam fora da estrutura do Poder Judiciário.<sup>46</sup>

Assim na Europa, nem sequer chegou a se colocar a opção entre um sistema concentrado e o sistema difuso, sendo que a decisão pelo primeiro deveu-se, portanto, muito mais a questões de ordem política do que a aspectos técnicos ( como a ausência da *stare decisis*, por exemplo, que não permitiria a tais decisões a extensão do efeito *erga omnes*).<sup>47</sup>

Em face da desconfiança com relação ao Poder Judiciário, Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de "legislação negativa", em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a norma constitucional. Trata-se por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto não supõe uma decisão singular e concreta (típica da atividade judicial). Neste sistema, no entanto, a lei é considerada válida até que se declare a sua inconstitucionalidade, de maneira que se trata, mais notadamente, de uma anulabilidade- com efeitos *erga omnes* para o futuro - do que de um vício de nulidade, retroativo (como pressupõe o controle difuso).<sup>48</sup>

O Brasil adotou referido controle de constitucionalidade idealizado por Kelsen, mas também admite como legítimo o controle de constitucionalidade difuso de origem norte americana, também

---

<sup>45</sup> ID. Ibid. pg.46.

<sup>46</sup> ID. Ibid. pg.46.

<sup>47</sup> ID. Ibid. pg.46.

<sup>48</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. Jurisdição Constitucional Aberta. Editora Lumen Juris. pg. 46.

denominado de controle aberto, ou via de exceção, ou defesa, ou descentralizado.

Portanto após um longo processo de amadurecimento histórico, político e democrático, a concepção de soberania da Constituição, o princípio da separação harmônica de poderes e o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais estão sedimentados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>49</sup>

No Brasil, o fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*, ao contrário do que ocorre em grande parte do ordenamento continental europeu, em que tal controle não é deferido à magistratura ordinária.

Ademais, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal somente ocorre em face de atos normativos primários, ou seja, que têm fundamento no próprio texto constitucional. Assim, atos não-primários, caso não se ajustem à Constituição, não podem ser chamados de inconstitucionais, mas sim de atos com vícios de ilegalidade, porque o sistema brasileiro não admite inconstitucionalidade abstrata por derivação (ou a norma é ilegal ou é inconstitucional).<sup>50</sup>

A expansão da jurisdição constitucional no Brasil favorece os fenômenos da judicialização da política e do protagonismo judiciário. Isto decorre da participação ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.<sup>51</sup>

Em relação a legitimidade, a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela do poder político para se exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, os magistrados não tem vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão

---

<sup>49</sup> CAMBI, Eduardo. ILKIU, Ivan Moisés. Acesso à Justiça e Concretização e Direitos. Artigo, Jurisdição Constitucional e Políticas Públicas. Editora Boreal, 2014, pg. 135.

<sup>50</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. Curso de direito constitucional, 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 490.

<sup>51</sup> CAMBI, Eduardo. ILKIU, Ivan Moisés. Acesso à Justiça e Concretização e Direitos. Artigo, Jurisdição Constitucional e Políticas Públicas. Editora Boreal, 2014, pg. 135.

concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.

No entanto, tal afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não são neutros e não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito.<sup>52</sup>

É justamente em relação ao processo de interpretação e criação do direito, que se desenvolvem alguns posicionamentos acerca do ativismo judicial, que abordaremos no próximo tópico do presente trabalho científico.

## **5 ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo judicial, de forma basilar, consiste em uma forma mais intensa dos juízes concretizar o direito, com o escopo de aplicar os valores e as finalidades do conteúdo constitucional.

Para Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e

---

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2013, p.3.

ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>53</sup>

Assim é possível verificar que o ativismo judicial é uma postura afirmativa do judiciário para a aplicação do texto Constitucional, de maneira que uma das hipóteses de sua aplicação é quando há a necessidade de efetivação de direitos e normas constitucionais preestabelecidos na Lei maior e existe um espaço vago, um agir constitucional ainda não regulamentado e facultado a outro poder, ao Poder Legislativo na maioria dos casos, o que seria em essência as omissões.

Diante dessa situação o Poder Judiciário ao concretizar e impor a norma constitucional, estaria exercendo ativismo judicial, a fim de assegurar, aplicar e resguardar a Constituição, devido a seu caráter de norma suprema diante das demais normas do ordenamento jurídico.<sup>54</sup>

A origem e difusão do ativismo judicial remontam a própria evolução e fortalecimento do constitucionalismo no Estado Democrático de Direito,<sup>55</sup> principalmente após a consagração no texto maior do direitos sociais, conhecidos como direitos de segunda dimensão.

Porém a respeito do o assunto (ativismo judicial), é necessário salientar, que, é analisado pelos estudiosos do direito de forma complexa, pois comporta entendimento divergentes. Portanto deve ser analisado com cautela, e sempre contextualizado.

O professor Elival Da Silva Ramos, em sua obra *Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos*, aponta que o ativismo judicial ganha feições distintas, dependendo do contexto a ser analisado.

Por exemplo: nos ordenamentos jurídicos filiados ao *common law* é muito mais difícil caracterizar uma atuação ativista do magistrado, do que nos sistemas da família romano-germânica.

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 06.

<sup>54</sup> AMARAL, Sérgio Tibiriçá; MALACRIDA, Guilherme Bahia. *Acesso à Justiça e Concretização e Direitos*. Artigo, *Ativismo Judicial: Troca de Sujeitos e a Efetivação dos Normas Programáticas no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Editora Boreal, 2014, pg. 197.

<sup>55</sup> ID. *Ibid.* pg.197.

Nos sistemas da *civil law*, a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros.

Em sentido inverso, nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos. É fundamental compreender que, nesses sistemas, uma decisão judicial desempenha dupla função.<sup>56</sup>

A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina de *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente.

Geralmente o ativismo, nos sistemas da *common law*, é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas.

Nesse sentido, na medida em que no âmbito da *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí por que a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte americano.<sup>57</sup>

André Ramos Tavares, no livro Manual do Poder Judiciário, aponta que o ativismo judicial no Brasil, ocorre em função da consagração de Direitos Fundamentais pela Constituição, e, de um, processo de "deslegitimação" do Parlamento, menciona que, a idéia de supremacia da Constituição contra as vontades passageiras e

---

<sup>56</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos*. Editora Saraiva, pg. 105.

<sup>57</sup> ID. *Ibid.* pg.110.

arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais vai ganhar fôlego apenas mais recentemente na história do Direito. Uma "deslegitimação performática" do Parlamento terá sido o ponto de início desse desenvolvimento que culminou na atual habilitação (funcional) do Juiz constitucional, e para a qual já se pode apontar com uma experiência positiva, normalmente invocada em seu favor.<sup>58</sup>

Realmente, não se pode olvidar que o aparecimento e florescimento da Justiça Constitucional, com um magistrado apto a lidar com situações de desrespeito à Constituição, acabaram ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início no século XX.

Nesse linear, percebe-se que a ampliação do espaço tradicional do Juiz constitucional, na tutela da Constituição e sua supremacia, foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções.<sup>59</sup>

No Brasil, essa atuação jurisdicional intensificada, ganha força com o advento da Constituição Federal de 1988, devido seu caráter dirigente e prospectivo, que determina os caminhos que o Estado deve percorrer para atingir determinadas finalidades.

A origem e difusão do ativismo judicial remontam a própria evolução e fortalecimento do constitucionalismo no estado Democrático de Direito, de maneira que no momento em que as Constituições passaram a assegurar direitos e garantias fundamentais e sociais, e constatou-se a inércia dos poderes Legislativo e Executivo e tornar esses direitos e garantias efetivos, surge para a corte constitucional, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, como legítimo guardião do Constituição, a competência para resguardar e controlar as omissões constitucionais com o escopo de assegurar a eficácia e aplicabilidade de direitos fundamentais.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro. Editora Saraiva, pg. 44.

<sup>59</sup> ID. Ibid. pg. 45,46.

<sup>60</sup> AMARAL, Sérgio Tibiriçá; MALACRIDA, Guilherme Bahia. Acesso à Justiça e Concretização e Direitos. Artigo, Ativismo Judicial: Troca de Sujeitos e a Efetivação

Para suprir as omissões o Poder Judiciário é chamado a exercer o Ativismo Judicial, através da Suprema Corte, utilizando-se dos instrumentos jurídicos cabíveis no Brasil, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para que possa atingir e concretizar a proteção dos direitos fundamentais e assegurar a garantia do texto constitucional.

Em razão da complexidade do assunto que circunda o tema ativismo judicial, os mecanismos constitucionais mencionados no parágrafo anterior, são exemplos não taxativos, que demonstram possibilidade legitimada do Poder Judiciário agir de forma mais ativa, e garantir no plano concreto os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Como o presente trabalho científico não comporta adequado aprofundamento sobre o ativismo judicial, importante considerar que essa atuação mais intensa do Poder aplicador do direito, tem a intenção de concretizar os valores e as finalidades tipificadas no texto instituidor do Estado, e, isso ocorre, muitas vezes, em razão da inércia dos outros poderes, em relação ao cumprimento da missão Constitucional de atribuir eficácia aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal.

## **6 NORMATIZAÇÃO DO CONTEÚDO CONSTITUCIONAL**

Por mais completa e perfeita que seja a Constituição, nem sempre terá condições de oferecer soluções prontas para uma determinada situação, limitando-se no mais a fornecer direções gerais. Este direcionamento se realiza por meio dos princípios.

Os princípios estão na Constituição permeando todo seu texto, alguns encontrando regulamentação explícita, enquanto outros vêm embutidos no contexto das diversas regras.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, as Constituições não são compostas de normas que exerçam função idêntica dentro do texto maior. É possível vislumbrar duas categorias principais: uma denominada de princípios e outra de regras. As regras seriam aquelas normas que se aproximam às do direito comum, isto é, tem os elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular



de um direito subjetivo. Outras, no entanto, pelo seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, têm o nome de princípios.<sup>61</sup>

Os princípios desempenham uma função transcendental dentro da Constituição. Eles é que dão vida a estrutura e conferem unidade ao texto constitucional determinando-lhes as diretrizes fundamentais.

É por esta razão que os princípios ganham em abrangência, eis que eles se irradiam por todas as demais que sejam meras regras do texto constitucional, influenciando na sua interpretação, na determinação de seu conteúdo e, até mesmo, tornando inconstitucionais leis ordinárias que estejam a liberal, ou cujo esboço pretenda impor, comandos que conflitem com os princípios.

Os princípios são de maior nível de abstração que as regras e, nesta condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.<sup>62</sup>

Assim, ao contrário das regras, os princípios não determinam diretamente as consequências normativas, mas representam um dever de otimização, possuindo uma dimensão de peso, frente as situações fáticas.

Humberto Bergmann Ávila, menciona que as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>63</sup>

E, em contrapartida, os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja

<sup>61</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. pg. 208.

<sup>62</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. pg. 208.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pg. 70.

aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>64</sup>

Por sua vez, Robert Alexy afirma que regras e princípios devem ser reunidos sob o conceito de norma, uma vez que tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição.<sup>65</sup>

Ainda segundo esse Autor, há vários critérios para distinguir regras e princípios, sendo o da generalidade o mais utilizado. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidades da regras é relativamente baixo.

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.(...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.<sup>66</sup>

De acordo com a citação acima, o autor deixa evidente que, toda norma é ou uma regra ou um princípio, que os princípios são mandamentos de otimização, e as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, logo se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Conclui afirmando que a distinção entre regras e princípios, é uma distinção qualitativa.

---

<sup>64</sup> Id. Ibid. pg.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2006. pg. 87

<sup>66</sup> Id. Ibid. pg 91.

Feita a distinção entre as normas que compõe o texto constitucional, é importante apontar, com finalidade conclusiva, as funções, normativa, informativa, e interpretativa, que os princípios exercem no ordenamento jurídico.

Deste modo, a função informativa está voltada à orientação do legislador, no ato da produção do direito, ao passo que as funções interpretativa e normativa são destinadas ao aplicador do direito, no exercício de suas atribuições institucionais.

Ademais, por todo o exposto, o que resta evidente, na dogmática jurídica contemporânea, é o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: condensar valores; dar unidade ao sistema; condicionar a atividade do intérprete.<sup>67</sup>

Neste linear, como já mencionado, a normatividade dos princípios que integra a nova hermenêutica, e a teoria dos direitos fundamentais, são características do direito constitucional contemporâneo, marcado pela abertura do sistema, e valoração substantiva do conteúdo estruturado no texto constitucional.

## **7 HERMENÊUTICA E O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Como o conteúdo do presente trabalho científico, faz referência à hermenêutica judicial, e procedimentos de interpretação do direito, se fez necessário tecer alguns apontamento sobre o assunto.

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro pg. 29.

Da leitura da obra *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, do Professor Celso Ribeiro Bastos, já citada anteriormente, é perceptível que a distinção entre hermenêutica e interpretação não é acolhida por unanimidade entre os estudiosos do assunto.

De outra parte à estudiosos que entendem que a interpretação é inteiramente submissa às normas da hermenêutica. Esses entendem que a interpretação é a atividade que procura imprimir uma vontade ao texto a ser interpretado, de modo que este possa incidir no caso concreto.

De acordo com esse entendimento, a interpretação jurídica estaria dentro de uma hermenêutica geral, a interpretação seria uma espécie de hermenêutica, ao passo que a hermenêutica seria a ciência da arte de interpretar.

Carlos Maximiliano concebe a interpretação como a aplicação da hermenêutica<sup>68</sup>. A hermenêutica jurídica seria o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não a sua aplicação, a busca efetiva deste significado em cada caso. Distinguir-se-ia, pois, da interpretação, na medida em que a hermenêutica seria mais ampla, situando-se num momento lógico anterior.<sup>69</sup>

Nesse sentido, a interpretação está mais próxima do caso concreto, é portanto necessária para a aplicação do direito, ao passo que a hermenêutica esta mais distante do caso real, mais próximo da abstração.

Segundo Konrad Hesse, para o direito constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que outros setores do direito.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pg. 1

<sup>69</sup> DICIONÁRIO JURÍDICO. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990 pg. 226.

<sup>70</sup> HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1992, pg. 34

A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada "atualização" das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma, pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias.<sup>71</sup>

A citação supra, evidencia que a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica.

Nesse linear, necessário consignar, que o constitucionalismo, foi e continua sendo, o movimento social, absolutamente fundamental para renovação da ordem jurídica como um todo, e responsável diretamente pela ascensão do direito constitucional, hoje devidamente posicionado ao centro do sistema jurídico.

O autor Luís Roberto Barroso, em sua obra, Fundamentos Teóricos no Novo Direito Constitucional Brasileiro, sintetiza bem essa evolução constitucional.

O autor aponta o constitucionalismo, como o projeto político vitorioso ao final do milênio, menciona que o ideal democrático realiza-se pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

Fundamenta que o pós positivismo é marcado pela ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses dão componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.<sup>72</sup>

Nesse sentido, o direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e

---

<sup>71</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. pg. 111.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro* pg. 47.

reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma; a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.<sup>73</sup>

## 8 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar sem maiores aprofundamentos a evolução do direito constitucional, e a compreensão da chamada nova hermenêutica.

O trabalho demonstrou que o constitucionalismo se desenvolve no âmbito social, e que a constituição compreendida como moderna, representa a ordenação máxima jurídico-política de uma sociedade organizada, formalizada num documento escrito, que prevê um conjunto vasto de direitos fundamentais, e seus respectivos mecanismos de garantia, com o intuito de limitar e moderar a atuação do poder político.

Apontou que a interpretação constitucional, é absolutamente necessária, para a aplicação do conteúdo normativo previsto no texto instituidor, considerando-o como um sistema aberto, flexível, dinâmico, e que está efetivamente interado com a realidade social.

Destacou aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais, redefinindo as relações entre valores, princípios e regras. Atribuiu destaque a força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, e os posicionaram como parâmetros de valores a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Reconheceu a normatividade dos princípios, e concluiu que o movimento constitucional brasileiro, caminha em busca da efetividade

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro pg. 47.

das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição, e do desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização dos princípios específicos de interpretação constitucional.

Concluímos que a evolução do Direito Constitucional tem o escopo de se adequar à realidade social e ofertar aos jurisdicionados uma tutela jurídica que garanta máxima efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, contribuindo dessa forma para a estabilidade das relações sociais, com reflexo na pacificação social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2006.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; MALACRIDA, Guilherme Bahia. *Acesso à Justiça e Concretização e Direitos*. Artigo, Ativismo Judicial: Troca de Sujeitos e a Efetivação dos Normas Programáticas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Editora Boreal, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009,

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição. Editora UnB. Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2002.

CAMBI, Eduardo. ILKIU, Ivan Moizés. *Acesso à Justiça e Concretização e Direitos*. Artigo, Jurisdição Constitucional e Políticas Públicas. Editora Boreal, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, Livraria Almedina-Coimbra, 1998.

DICIONÁRIO JURÍDICO. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la Antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FURQUIM, Maria Célia de Araujo, Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 20 | Jul / 1997 | DTR\1997\286.

HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. Jurisdição Constitucional Aberta. Editora Lumen Juris.

HESSE, Konrad: Escritos de *derecho constitucional*. Madri: Centro de estudos *constitucionales*, 1992.

LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?.

WWW.EBOOKSBRASIL.ORG, edições e publicações Brasil, São Paulo, 1933.

Cfr. N. MATTEUCI, " La Costituzione Statunitense ed il moderno costituzionalismo", in Costituzione Statunitense e il suo significato odierno, Bologna, Il Mulino, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Jorge. *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional, São Paulo, 2002.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. Curso de direito constitucional, 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos. Editora Saraiva.

ROGÉRIO SOARES, O Conceito Ocidental de Constituição", in RLJ, 119.

TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro. Editora Saraiva.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Elve Miguel Cenci<sup>74</sup>

Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>75</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Nosso propósito neste texto é reconstruir e discutir algumas questões do artigo de Robert Alexy *Direito Injusto, Retroatividade e Princípio da Legalidade Penal: A Doutrina do Tribunal Constitucional Alemão sobre os homicídios cometidos pelas sentinelas do Muro de Berlim*<sup>76</sup>. Desde a sua publicação, pela relevância e complexidade dos problemas tratados, tornou-se um marco nas discussões jusfilosóficas.<sup>77</sup> Dividimos o texto em três partes: (i) descrição do fato narrado por Alexy; (ii) reconstrução dos argumentos apresentados nas instâncias do judiciário alemão; e (iii) considerações sobre aspectos tratados no artigo do autor.

A questão jurídica central do texto gravita em torno da seguinte pergunta: os guardas que vigiavam a fronteira da face

---

<sup>74</sup> Doutor pela UFRJ e professor do Dpto. de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Docente nos programas de Mestrado em Direito e Filosofia/UEL.

<sup>75</sup> Bacharel em direito. Licenciado em filosofia. Pós-graduado em Direito. Magistrado Federal em Jacarezinho/PR. Aluno especial (2016) do programa de mestrado em direito da UNIVEM na disciplina 'Teorias da Constituição' ministrada pelo prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**. N. 23, 2000, p. 1 – 34.

<sup>77</sup> Apenas para ilustrar, Eichmann é outro caso que merece um detalhado estudo sob o ponto de vista jurídico. Sobre o julgamento de Eichmann, ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

oriental de Berlim na República Democrática Alemã (RDA) para impedir que seus cidadãos migrassem para o lado ocidental, seus superiores e autoridades políticas responsáveis, após a reunificação podem ser responsabilizados pelo 'crimes' cometidos? Tanto o Tribunal Supremo Alemão quanto o Tribunal Constitucional consideraram os guardas e as autoridades como culpados e a condenação de acordo com a Constituição.

## 2 OS FATOS

O caso principal que serviu de base para o estudo de Alexy aconteceu na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972. Dois guardas que vigiavam a fronteira, ao avistarem um indivíduo tentando cruzar a fronteira para a zona ocidental de Berlim, atiraram supostamente sem apontar e o executaram. Não foi possível afirmar se houve um tiro de advertência nem qual dos dois soldados acertou a vítima. Como argumento preliminar de defesa, os guardas alegaram ter agido de acordo com o “Regulamento de Serviço” do Ministério da Defesa.

A nova redação da Lei de Introdução ao Código Penal da Alemanha reunificada determina que “a morte de um fugitivo só pode ser castigada penalmente quando, no momento em que o crime foi cometido, essa morte fosse punível de acordo com o direito vigente”. Alexy questiona essa regra uma vez que, mesmo que fosse o caso, qual direito deveria ser aplicado? O da RDA ou o direito federal (da Alemanha reunificada – República Federal Alemã - RFA)? Como o Código Penal alemão comporta a cláusula da lei mais favorável, em tese deve ser aplicada a norma mais branda. Preliminarmente, portanto, a primeira questão a ser respondida é se o “ato” dos guardas de fronteira era previsto como crime em ambos os ordenamentos. Pode-se afirmar que sim, na medida em que o homicídio doloso cometido em co-autoria constituía infração penal, em tese, de acordo com o ordenamento da época tanto na RFA como também na RDA.

Porém, uma segunda indagação apresenta-se imperiosa. É de se analisar aqui a possibilidade de os guardas alegarem uma justificativa para a conduta adotada: o fato de estarem cumprindo funções militares de “vigilância”, “ordem” e “segurança” de acordo com o Ministério de da Defesa Nacional. Também o Código Penal da RDA previa como delito o ato de cruzar a fronteira ilegalmente e que para impedi-lo os guardas poderiam “abrir fogo”.

Finalmente, na hipótese de afastamento de predita causa de justificação, um terceiro ponto digno de acurado exame versaria sobre a culpabilidade das sentinelas do muro na noite de 1972, isto é, se lhes era possível impor algum juízo de censura.

### **3 A SENTENÇA DO TRIBUNAL TERRITORIAL DE BERLIM E AS RAZÕES APRESENTADAS (PRIMEIRA INSTÂNCIA)**

Ao tempo dos fatos, o homicídio doloso perpetrado em co-autoria era considerado conduta típica segundo o ordenamento vigente tanto na RDA como na República Federal alemã, porém a conduta não seria tida por criminosa se acobertada por alguma causa justificante.

Na RDA, a lei de fronteiras de 25.03.82 e a lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã de 11.06.68 (VoPoG) dispunham que a execução das competências desta polícia seria regulamentada pelo Ministro da Defesa Nacional, do qual atos normativos autorizavam abrir-se fogo a fim de obstar o início ou o prosseguimento de *delitos*. Segundo o Código Penal da RDA o cruzamento ilegal da fronteira era crime.

A par disso, em função da Constituição da RDA de 1968 e de inúmeros outros oficiais reconhecimentos de direitos humanos, sobretudo da vida e da integridade corporal, um dos caminhos possíveis para o julgamento das sentinelas seria o reconhecimento de que, à luz do Estado de Direito, a autorização para abrir fogo estabelecida em atos do Ministro da Defesa não subsistiria na condição de causa de justificação. Tal exegese culminaria com a sumária condenação, sem que importantes questões - como da retroatividade da lei penal incriminadora e do direito positivo injusto - fossem necessariamente enfrentadas.

Deveras, o Tribunal Territorial de Berlim, com esteio em princípios do Estado de Direito, dentre os quais o da proporcionalidade, cuja aplicação, tendo-se em conta o caso das sentinelas, proíbe o sacrifício do bem jurídico supremo da vida em prol de bens de menor valor, *descaracterizou* o ato de cruzar ilegalmente a fronteira como delito e, com efeito, declarou inaplicável a causa de justificação autorizadora dos disparos. Em síntese, para o Tribunal Territorial de Berlim, no julgamento de 1992, “não havia nenhuma causa de justificação que estivesse à disposição dos

soldados da RDA, pois que cometeram um fato punível inclusive segundo o direito então vigente na RDA” (Alexy, 2000, p.201). Típica e antijurídica a conduta, foram as sentinelas condenadas a um ano e dez meses de pena, suspensa entretanto condicionalmente.

#### **4 A SENTENÇA DO TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL E AS RAZÕES APRESENTADAS (SEGUNDA INSTÂNCIA)**

De sua parte, o Tribunal Supremo Federal no ano de 1994 manteve a condenação, porém por fundamento diverso. De saída, proclamou que a conduta dos guardas, sob a ótica do direito na época vigente, era lícita, o que Alexy aplaudiu com ênfase, na medida em que interpretar hoje o direito então vigente na RDA à luz de princípios de Estado de Direito incorre em retroatividade encoberta, pior e mais grave que a declarada. A crítica contra essa concepção decorre da restrição do direito positivo ao teor literal das normas, sem levar em conta a prática interpretativa.

Diferentemente do Tribunal Territorial de Berlim, o Tribunal Supremo Federal considerou a conduta justificada pela *prática interpretativa* igualmente vigente à época na RDA; prática esta que, ao lado do teor literal das normas (direito escrito), também faria parte do direito positivo.

Interessa notar que, sucedido o fato em 1962, não estavam em vigor a lei de fronteiras (1982) tampouco a lei de polícia popular (1968). A causa de justificação não se encontrava assim prevista em lei, mas tão-somente em ato infralegal. O impasse foi solvido pelo Tribunal Supremo Federal sob o fundamento de que no ordenamento vigente da RDA tanto a fragilidade da divisão de poderes e a deterioração do sentido de Estado de Direito como a criação da polícia popular com competência para assegurar a segurança das fronteiras sustentariam o reconhecimento da causa de justificação mesmo que prevista em regulamento interno do serviço militar.

Alexy enfatiza que a configuração do direito positivo depende da norma positivada, mas também do que é socialmente eficaz. Com base nisso, o Tribunal Supremo Federal deu por justificada a conduta quer pela lei de polícia popular (VoPoG) quer pelo regulamento de serviço 30/10 de 1967 quer, ainda, pela prática estatal da RDA ao tempo dos fatos.

Se assim é, então a conduta dos guardas, justificada segundo o direito positivo da época, só haveria de ser punida caso, sem violação do princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), anulada fosse a causa de justificação. Daí se antevêm dois nodais pontos: (i)anular a justificativa presente no direito positivo vigente; (ii)garantir que tal anulação manteria incólume o princípio da irretroatividade (Lei Fundamental, art.103.2).

O problema primordial que se nos apresenta é saber se a justificação positivada pode ser neutralizada por um direito suprapositivo(i). Respondendo positivamente, o Tribunal Supremo Federal superou-o com o uso da *Fórmula de Radbruch*<sup>78</sup>, segundo a qual o direito positivo compreende não apenas o teor literal das normas válidas, a prática interpretativa, mas também um conteúdo de *justiça material*, culminando com *certa necessária conexão* entre direito e moral (cf. Alexy, 2000, p.205). Como se vê, essa relação não vai a tal ponto de identificar moral e direito, mas causar a invalidação deste quando *extremamente* contrário àquela. Alexy bem sintetizou a fórmula: “O direito extremamente injusto não é direito” (Alexy, 2000, p.205).

Alexy destaca a firme jurisprudência do Tribunal Supremo Federal desde a primeira sentença de 1994 pela aplicação da *Fórmula de Radbruch* aos homicídios havidos na fronteira. Nesse contexto, há dificuldade em estabelecer o *fundamento de semelhante justiça material*, contraponto necessário para caracterização do que se entenda por *extremamente injusto*. Segundo os precedentes do Tribunal, a evidente agressão do direito positivo da RDA aos mandamentos mais elementares da justiça e do direito internacional fez com que o direito positivo nacional cedesse diante da justiça.

A partir disso, vem à baila o problema do que se entende por direito internacional positivamente vigente. Alexy relata que o Tribunal Supremo Federal socorreu-se dos direitos humanos sedimentados, também à época dos fatos; valeu-se para esse desiderato das declarações internacionais de direitos do homem, em especial da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 (DUDH), já que referida Declaração congloba o consenso

---

<sup>78</sup> Gustav Radbruch teceu as linhas de dita fórmula em artigo acadêmico intitulado *Gesetzliches Umrecht und Übergesetzliches Recht* (Arbitrariedade legal e direito supralegal).

formado ao longo de séculos sobre um plexo de princípios veiculadores do valor da dignidade humana. Com efeito, em função dos direitos humanos suprapositivos albergados na referida DUDH, máxime do estatuído no art.29, II<sup>79</sup>, a causa de justificação alegada pelos guardas foi tida por direito extremamente injusto.

À parte isso, outra dificuldade haveria de ser superada. Trata-se do *princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora*(ii), direito humano igualmente reconhecido na mesma DUDH<sup>80</sup>, que o Tribunal deveria cuidar de não macular.

Para o Tribunal Supremo Federal a anulação da justificação positivada não violaria o princípio da irretroatividade; a garantia deste não albergaria justificação arrimada em prática interpretativa, senão apenas aquela fulcrada em direito escrito.

No que tange a esse segundo ponto, malgrado concorde com o resultado a que chegou o Tribunal segundo o qual a invalidação da causa de justificação não lanha o princípio da irretroatividade, com a fundamentação aduzida para tanto não concorda Alexy, para quem o Tribunal costeou camufladamente a irretroatividade – o que chamou também de “retroatividade encoberta” – ao não a aplicar à causa de justificação do caso que, como visto, mantém-se dentro da literalidade da lei de fronteiras de 1982 e da VoPoG de 1968 e da prática interpretativa pacífica na época. Isso valeria, inclusive, para àquelas causas baseadas em ato infralegal, como as previstas em regulamentos das forças armadas, que também fazem parte do direito positivo.

A idéia de Alexy era a de não aplicar a retroatividade por meio da inserção de cláusula limitativa não escrita na garantia da irretroatividade (LF, art.103.2) para hipóteses de justificação especiais em direito extremamente injusto ou em direito estabelecidos por Estados injustos.

---

<sup>79</sup> Eis a redação do inc.II do art.29 da DUDH: “*No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*”

<sup>80</sup> DUDH, art.9, II: “*Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.*”

O próximo passo do Tribunal foi o exame da culpabilidade. A alegação das sentinelas de que cumpriram ordens e de que não possuíam consciência da violação da norma penal foi repudiada sob o fundamento de que o atuar dos guardas foi de tal modo horrível e privado de justiça racional que a proibição de matar nas circunstâncias dadas apresentar-se-ia evidente até ao homem doutrinado. Não se pronunciou o Tribunal se, considerando as circunstâncias pessoais dos jovens guardas, era-lhes possível antever a violação da norma penal. De qualquer forma, o resultado, como já asseverado, foi a manutenção da condenação.

Relata na seqüência Alexy o julgamento dos três membros do Conselho Nacional de Defesa, Kebler, Streletz e Albrecht, acusados de homicídios de fronteira no período de 1971 a 1989. Do total de sete fugitivos mortos, cinco foram vitimados por minas e dois por disparos de arma de fogo efetuados pelos guardas da fronteira. O ponto central do julgamento dos membros do CND foi o concurso de pessoas (autoria e participação). Concluiu-se no Tribunal Supremo Federal que os aludidos membros eram culpados por autoria mediata, já que detinham o *domínio do fato*: produziram as normas que determinaram as mortes, possuíam consciência de que seriam elas cumpridas. As sentinelas atuavam como seus subordinados. Mantida a pena do Tribunal Territorial de Berlim fixada em sete anos e seis meses para Kebler e Streletz; a pena de Albrecht foi majorada de quatro anos e seis meses para cinco anos e um mês.

Por fim, Alexy destaca ao resvalo da pena argumentos menos relevantes trazidos ao debate pelos guardas como pelos membros do CND, mas que não lhe pareceram relevantes.

## **5 A SENTENÇA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL E AS RAZÕES APRESENTADAS (INSTÂNCIA CONSTITUCIONAL)**

Em 1996 o Tribunal Constitucional Federal foi chamado a julgar o caso. Cuida-se de Corte da qual a competência cinge-se a violações de direitos humanos; não se trata, pois, de instância revisora. A discussão aqui não é de adequação das decisões dos Tribunais inferiores quanto ao direito penal ou processual, senão de inobservância dos direitos fundamentais. Três eram as teses principais da defesa dos réus: i) violação do princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora pela aplicação da Fórmula de Radbruch na anulação de causas de justificação; ii) ausência de

culpabilidade dos réus; iii) imunidade penal (tese própria dos dirigentes políticos do Conselho Nacional de Defesa da RDA, aos quais era imputada participação no homicídio).

A questão do princípio da proibição da retroatividade contido no art.103.2 da Lei Fundamental (i) é o ponto alto do debate no julgamento do Tribunal Constitucional Federal. Para Alexy a regra da irretroatividade é exemplo de norma de validade estrita (ou absoluta): dado o fato de uma conduta ter sido cometida antes da vigência da norma penal, então se impõe a consequência jurídica obrigatória: a punição está proibida. Trata-se de mera subsunção; não há espaço para ponderação, diversamente do que sói acontecer quando se trata de direitos fundamentais outros.

Mas, prevista parte em norma infralegal parte em reiterada prática interpretativa, a anulação de causa de justificação implicaria desrespeito à garantia fundamental da irretroatividade? Por outra: como justificar a punibilidade das sentinelas e dos membros do CND pelo afastar da causa de justificação legalmente prevista e, simultaneamente, a manutenção da validade absoluta (ou estrita) da garantia da irretroatividade? Diante desses questionamentos, o Tribunal Constitucional Federal posicionou-se negativamente; Alexy concorda com o resultado, discorda da fundamentação. Vejamo-la.

Ao tempo que o Tribunal admite-lhe validade estrita (absoluta), submete a garantia da irretroatividade a limitações em situações especiais como naquelas em que a causa de justificação derivaria de um regime que não atende a critérios de justiça material.

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* protege o direito humano fundamental na confiança de que o cidadão não será futuramente punido pela prática atual de conduta atípica. Sucede que o Tribunal Constitucional Federal, a par do reconhecimento da absoluta validade desta regra, rejeitou-lhe a aplicação em favor de condutas contrárias aos direitos humanos quando estas forem praticadas em ambiente privado de democracia, separação dos poderes e apartados dos direitos fundamentais. Nessas especiais situações "...desaparece então o 'fundamento especial de confiança'..." (Alexy, 2000, p.213) a justificar o guante da irretroatividade.

Com efeito, em apertada síntese, a posição do Tribunal Constitucional Federal rejeita a aplicação da garantia da irretroatividade



...quando, em primeiro lugar, nem a democracia nem a divisão de poderes nem os direitos fundamentais sejam respeitados (*verwicklicht*) e, em segundo lugar, quando sob essas circunstâncias sejam previstas causas de justificação que amparem direito extremamente injusto... (Alexy, 2000, p.213)

“De uma parte, tudo isso soa razoável, mas, de outra, resulta irritante” é a assertiva que principia as críticas de Alexy acerca dessa fundamentação do Tribunal Constitucional Federal. Razoável pelo não reconhecimento da garantia de irretroatividade em situações de direito extremamente injusto; irritante pela insistência na manutenção da validade absoluta ou estrita dessa regra. É que, quando se fala deste tipo de validade, não se conhece nenhum caso de exceção, limitação ou conflito. Aceita o Tribunal limitações à absoluta garantia da irretroatividade. Para Alexy soa contraditório a admissão de algo absoluto mas limitado.

Advoga Alexy que a validade estrita e absoluta da irretroatividade não se mantém em todas as situações, ao menos não na hipótese de causas de justificação baseadas em direito extremamente injusto como é o caso dos guardas do Muro e dos membros do CND. Herbert Hart, citado por Alexy, é contra, defendendo que, mesmo nessas hipóteses, aplicar-se-ia a garantia da irretroatividade e, ainda que assim não fosse, seria exigível que a fundamentação do Tribunal Constitucional Federal reconhecesse a exceção à validade absoluta como um mal menor. Ou seja, entre dois males: a impunidade dos guardas e dos membros do CND e a exceção à validade absoluta de uma garantia intangível da irretroatividade, optar-se-ia pelo de menor dano. A crítica ao Tribunal Constitucional Federal reside no ponto de que ele não quis pagar o preço pela punição dos guardas, a inevitável exceção à validade absoluta.

Restou mais ou menos claro que o Tribunal, assumido o risco da incoerência, seguiu a trilha que seguiu para evitar expor – como que para preservá-la – a regra da irretroatividade às constantes ponderações que os demais direitos fundamentais se submetem. A proposta de Alexy seria a de diferenciar validade incondicionalmente absoluta ou estrita(i) de validade *condicionalmente* absoluta ou estrita(ii). Haveria, assim, dois tipos de validade absoluta ou estrita: a de tipo incondicionado e a de tipo condicionado. Este último tipo manifesta-se por meio de uma cláusula de exceção à regra da

irretroatividade, não havendo falar-se em ponderação. A cláusula de exceção consiste exatamente na causa de justificação especial de um Estado injusto que ampara direito extremamente injusto (Alexy, 2000, p.215). Perpetua-se dessa maneira a garantia da irretroatividade como regra, não como princípio, tornando-a salva de ponderações.

Essa estrutura não dispensa o reconhecimento de que a base da exceção referida está escorada na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e o da justiça material. Cuidando-se de aplicação do direito penal, em circunstâncias normais, o Estado de Direito impõe a prevalência do primeiro na forma de proteção do princípio da confiança em relação ao segundo. A exceção fundamenta-se na inversão da prioridade decorrente da origem da causa de justificação, adrede maquinada para encobrir um direito extremamente injusto. Donde vem a lume o arrimo jurídico da cláusula de exceção, a impor a validade absoluta condicionada da regra da irretroatividade.

Discute Alexy, ainda, se a instituição da cláusula de exceção violaria o teor literal do disposto no art.103.2 da Lei Fundamental. A objeção, séria que seja, surpreendentemente não foi posta no julgamento. Porém, na esteira da jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal e dentro da prestigiada perspectiva de que as normas constitucionais delimitam-se mutuamente, registra Alexy que “também direitos ilimitáveis’ podem ser limitados, conforme o princípio da proporcionalidade” (2000, p.217). É pressuposto desta construção teórica da cláusula de exceção que a justiça material seja, como é, valor situado no altiplano constitucional.

Noutra quadra, em relação à aplicação da *Fórmula de Radbruch*, foi dada por compatível com a Lei Fundamental a aplicação tal como empreendida pelo Tribunal Supremo Federal, para o qual, como já salientado alhures, as causas de justificação do direito positivo da RDA não assumem validade diante da extrema injustiça desse direito.

Alerta Alexy, entretanto, certa fragilidade na argumentação do Tribunal Constitucional Federal. Por primeiro no que tange aos precedentes citados para corroborar a exegese do Tribunal Supremo Federal. Além de os precedentes citados não tratarem de matéria penal, aquele tribunal parece enfraquecer a *Fórmula de Radbruch* ao salientar que a segurança jurídica pode (e não deve) ser pior valorada em relação à justiça material quando está em jogo um ordenamento

extremamente injusto. A crítica de Alexy, pois, incide no emprego do verbo “pode” em substituição ao “deve” tradicionalmente utilizado:

Não é que o princípio da segurança jurídica *possa* então apenas ser pior valorado em que o da justiça material, senão que também *deve* sê-lo. (Alexy, 2000, p.219)

Assevera outrossim o Tribunal Constitucional Federal: “para fundamentação da punibilidade não é preciso aqui o recurso a princípios suprapositivos” (*apud* Alexy, 2000, p.220). A aparente negação da Fórmula de Radbruch, que pressupõe a aplicação de tais princípios suprapositivos, não se sustenta no decorrer julgamento, já que a atuação deles no ordenamento positivo da RDA é que firmou a invalidação da causa de justificação e a punibilidade dos guardas e membros do CND. Na avaliação de Alexy, tomando o contexto geral no qual a frase do Tribunal está inserida, pode-se dizer que, longe de enfraquecer, reforça a Fórmula, a qual, ao repelir a causa de justificação, não deixa nenhuma lacuna, remanescendo o crime de homicídio punível segundo o ordenamento da RDA. “Isto basta, em caso de nulidade da causa de justificação, para fundamentar a punibilidade dos homicídios da fronteira” (Alexy, 2000, p.221). A despeito disso, é de preocupar a afirmação do Tribunal Constitucional Federal de que a valoração da própria RDA com base em seus dispositivos penais poderia substituir os princípios suprapositivos. A fundamentação sugere que a punibilidade dos guardas e membros da CND seria consectário do próprio ordenamento da RDA como entendeu o Tribunal Territorial de Berlim. Em vista disso, a escorregia interpretação da Fórmula de Radbruch no caso não prescinde do apelo a princípios suprapositivos, remanescendo, a partir da exclusão da causa de justificação, a punição com lastro na lei penal da RDA que proíbe o homicídio.

Na visão de Alexy, toda a argumentação do Tribunal Constitucional Federal pressupõe a Fórmula de Radbruch não só na sua fundamentação quanto na aplicação de seus critérios. A referência “ao direito estatal extremamente injusto” não deixa margem a outra opção, nem mesmo a de que a anulação da causa de justificação com base no direito extremamente injusto não implicaria aceitar a Fórmula. A propósito, supor que a justificação seria válida no antigo ordenamento da RDA, mas não invocável agora por conta dos

princípios do Estado de Direito da República Federal (RFA) padeceria não só de exagerada complexidade como também geraria a multiplicação desnecessária de elementos no universo jurídico. Se fulcrada em direito extremamente injusto, então a causa de justificação é nula *ab initio*.

Outro ponto foi bem observado por Alexy. Refere-se a “um equívoco no discurso sobre o direito escrito da RDA” (2000, p.223). O Tribunal Constitucional Federal deixou transparecer que para inaplicabilidade do princípio da confiança em relação à causa de justificação seria *condição ir além das normas escritas da RDA*, o que não é verdade, visto que os guardas e os membros da CND não o foram, pautaram-se dentro das normas escritas. A fim de solver a aporia, Alexy consignou:

O ir mais além do escrito não pode ser, sem embargo, uma condição necessária para a limitação do art.103.2 LF. (...)E então o ultrapassar o teor literal das causas de justificação é o que menos importa. (Alexy, 2000, p.223)

Caberia ao Tribunal Constitucional Federal, na ótica de Alexy, ou deixar de empregar a expressão “ir mais além das normas escritas” ou esclarecer que ela não constitui *condição* para inaplicabilidade do princípio da confiança especial e, por consequência, para limitação da regra da irretroatividade (LF, art.103.2).

Finalizando, Alexy frisa a incômoda referência no julgado apenas a causas de justificação previstas ou reguladas em *lei*. O Tribunal Constitucional Federal não foi expresso se a garantia da irretroatividade aplica-se a causas respaldadas em ato infralegal, como foi o caso das condutas anteriores a 1968, mas restou implícito que sim. Outrossim, não tratou o aludido Tribunal das causas de justificação não escritas, que para Alexy também se inserem no âmbito de proteção da mesma regra da irretroatividade.

Descreve Alexy, ainda, que o Tribunal Constitucional Federal rejeitou a defesa de imunidade dos membros do CND por dois fundamentos: primeiro porque a alegada *Doutrina dos atos do Estado* (*act of state doctrine*) não é norma geral de direito internacional, tampouco reconhecida fora do direito anglo-americano; segundo

porque nenhuma imunidade perdura para além da existência do Estado ao qual o beneficiado pertence.

Também restou mantida a decisão do Tribunal Supremo Federal quanto à autoria mediata dos membros do CND que, segundo o Tribunal Constitucional Federal, não atinge a irretroatividade da lei penal; até porque, em comparação com o ordenamento da RDA, o da República Federal (RFA) pode ser considerado mais benéfico. De qualquer forma, a configuração da autoria mediata *em si* não poderia ser objeto de deliberação do Tribunal Constitucional, mas tão-somente das instâncias ordinárias.

Afora isso, a culpabilidade é examinada pelo Tribunal com maior detalhamento. Primeiro reconheceu que as instâncias inferiores não haviam discutido suficientemente a culpabilidade. Para tanto, seria imprescindível a demonstração da existência não só objetiva mas sobretudo subjetiva da consciência da ilicitude, o que tornaria o fundamento da evidente violação dos direitos humanos *insuficiente*. Seria de rigor, em consonância com isso, o exame da condição subjetiva dos jovens guardas sob o ângulo culpabilidade. A despeito, não sem se contradizer em certa medida, o próprio Tribunal Constitucional Federal repete sem mais a fórmula do Tribunal Supremo Federal de reconhecer a culpabilidade com base na circunstância de que o homicídio tal como sucedido constituiu ato tão atroz e despido de qualquer justificativa racional que a consciência da antijuridicidade apresentar-se-ia evidente para o homem menos civilizado. A crítica de Alexy incide na existência de inúmeros argumentos em favor da impossibilidade de as sentinelas do Muro vislumbrarem, acima de qualquer dúvida razoável, a antijuridicidade da determinação de abrir fogo contra os fugitivos com lastro não apenas no direito injusto, mas no direito extremamente injusto.

Em conclusão, Alexy revela que, salvante a solução do problema da culpabilidade, concorda com o resultado do Tribunal Constitucional Federal, porém não quanto aos fundamentos, como exposto. Fundamentos esses que, em casos do jaez das sentinelas do Muro de Berlim, reclamam por público debate até como pressuposto para uma estabilidade política duradoura.

## 6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEBATE

Do quanto restou escrito a respeito do debate que gira em torno do caso das sentinelas do muro à luz da visão de Robert Alexy, cabe-nos, antes de pôr cobro à tarefa a que nos propusemos, estabelecer ponderações outras, tecidas sempre em linhas bem gerais, não só (i) quanto à delimitação do direito positivo aplicável ao caso concreto, mas também sobre (ii) a controvertida aplicação da Fórmula de Radbruch como veículo de limitação (e não de definição) do direito pela moral, isto é, como uma moral corretiva do direito, incluindo-se aqui (iii) o problema da eleição dos parâmetros para se descortinar o direito extremamente injusto. Na seqüência, volver-se-á a atenção (iv) ao vasto problema da irretroatividade da lei penal, assunto que perpassa pelo não menos controverso ponto da (v) conseqüente existência ou não de lacuna proporcionada pela aplicação da citada Fórmula. O texto chega a termo com (vi) o breve exame de um dos elementos da culpabilidade.

Pois bem. No que tange à correta delimitação do direito positivo, vale dizer que a raiz de toda a crítica de Alexy ao Tribunal Territorial de Berlim reside justamente em este Tribunal, a fito de afastar a causa de justificação, ter ilaqueado o ordenamento então vigente na RDA com princípios do Estado de Direito, cuja aplicação à época seria desprovida de sentido. Jakobs asseverou: “A identidade da RDA como estado de direito é algo que não se deu nunca além do papel” (1995, p.451). Tal é o caso do princípio da proporcionalidade segundo o qual às sentinelas seria interdito sacrificar a vida, bem jurídico supremo, por interesses menores (segurança da fronteira). Essa posição, como asseverado alhures, foi rechaçada pelo Tribunal Supremo Federal, com o que concordou Alexy.

A escorreita interpretação do direito positivo vigente ao tempo dos fatos na RDA não prescinde, além dos enunciados normativos (textos legais), da prática interpretativa. Desconsiderar esta última, como o fez a primeira instância no caso das sentinelas, é relegar ao obívio o próprio direito positivo. Em duas perspectivas, uma positiva, outra negativa, pode-se apontar o equívoco do primeiro julgamento: a) *consideração* de princípios estranhos à essa prática interpretativa (princípios estranhos à realidade social vivenciada à época); b) *desconsideração* de normas especiais não escritas e não publicadas que, ao lado das gerais escritas e publicadas, vigiam na RDA (prática interpretativa). Jakobs bem anotou:

“Este estado da RDA estava constituído de tal forma que, junto, e sobre, o sistema de normas gerais escritas e publicadas, vigia um sistema de medidas e regras especiais não escritas e não publicadas” (1995, p.452).

Deveras, a prática interpretativa compõe o que se deve entender por direito positivo. Sendo assim, para Jakobs importa perscrutar se a conduta das sentinelas era antijurídica segundo o ordenamento real à época na RDA, condutas essas praticadas num *estado de não direito*. O ordenamento real na RDA era formado por uma gama de disposições hierárquicas formais e informais não escritas e não publicadas:

O texto constitucional da RDA não era eficaz interpretado segundo máximas do estado de direito. Eram eficazes uma mescla de disposições hierárquicas formais e informais. Essa mescla era a constituição verdadeira. (Jakobs, 1995, p.454)

Nessa esteira, Jakobs propõe que o ordenamento jurídico real seja obtido indutivamente a partir da realidade jurídica, vale dizer, do conjunto de regras efetiva e socialmente vigentes (1995, p.453). O método indutivo, entretanto, não está livre de críticas. Afigura-se-nos temerária a empresa de tomar o teor do direito positivo vigente (ordenamento nominal) a partir da realidade fáctica (ordenamento real). O direito positivo é constituído exclusivamente pelas normas socialmente eficazes? Com Alexy, respondemos negativamente:

O que seja o direito positivo depende não só do que foi devidamente positivado, senão também do que é eficaz socialmente, tendo em conta, ademais, que o socialmente eficaz pode, por sua vez, influir nos critérios da positividade válida e formalmente estabelecida. (2000, p.204)

Lançadas algumas ponderações sobre o direito positivo a ser considerado no exame do caso das sentinelas, de em diante não se pode descurar de algumas observações sobre a aplicabilidade da *Fórmula de Radbruch*, ponto já sedimentado positivamente em Alexy. No entanto, para registro, há posicionamento contrário. Gubert critica à aplicação da Fórmula de Radbruch como método para viabilizar o

estabelecimento de uma moral para correção do direito. Nesse sentido, com clareza essa autora pronuncia-se contra a aplicação de predita fórmula no atual contexto do Estado Democrático de Direito em vista da irretorquível arbitrariedade do emprego de valores morais. Nas palavras da autora:

Vale lembrar que Fórmula Radbruch não encontra qualquer guarida legal, e, nesse sentido, deixa mais que evidenciado o uso, defendido por Alexy e adotado pela jurisprudência alemã, de critérios morais, não jurídicos ou juridicizados, na correção do conteúdo das decisões judiciais. (2007, p.147)

Cumprido analisar, ainda, o fundamento pelo qual o Tribunal Supremo Federal neutralizou a causa de justificação prevista no direito da RDA, isto é, a *Fórmula de Radbruch* especialmente no que toca à definição dos *parâmetros* com base nos quais a prática interpretativa do direito na RDA foi tida por direito extremamente injusto.

Como já referido, o Tribunal Supremo Federal, no afã de buscar fundamento para caracterização do *direito extremamente injusto*, lançou mão no caso sob discussão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 (DUDH). A respeito, ao sentir de Gubert:

Importante referir que a utilização da Declaração de Direitos não significa que as condenações foram embasadas pela lesão a direitos internacionalmente positivados, mas apenas que o Tribunal preocupou-se em comprovar o quão evidente foi a injustiça perpetrada. (2007, p.36)

Deveras, para Alexy, "...a Fórmula de Radbruch pressupõe o direito suprapositivo" (2000, p.220). Apresenta-se pertinente, doravante, a indagação acerca de outros diplomas que poderiam, igualmente como a DUDH, fulcrar o julgamento da Corte Suprema Federal. Apressa-se em responder afirmativamente. Ao menos na *Magna Charta Libertatum* de 1215, *outorgada*<sup>81</sup> por João Sem-Terra, já se antevia o direito fundamental de proporcionalidade entre delito e

---

<sup>81</sup> Na verdade não outorgada, mas *imposta* ao monarca por Barões ingleses.



pena e o direito de sair do país e retornar a ele especialmente em tempo de paz<sup>82</sup>. Dignos de registro são outros diplomas internacionais sobre direitos humanos, a saber, *Petition of Right* de 1628; *Habeas Corpus Act* de 1679; *Bill of Rights* de 1689; *Act of Settlement* de 1701; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Suposta a premissa pela aplicação da Fórmula de Radbruch, que resulta na invalidação da causa de justificação, insta indagar a respeito da existência ou não de lacuna no ordenamento em decorrência de sobredita aplicação; noutros dizeres: se a invalidação de uma causa de justificação provoca ou não a exclusão da conduta, antes justificada, do âmbito do direito penal. A resposta positiva determinaria a criminalização das condutas em caráter inexoravelmente retroativo - vale reprimir que o julgamento das sentinelas ocorreu após a unificação das Alemanhas; a negativa, de sua parte, afastaria de pronto a violação da norma da irretroatividade da norma penal incriminadora pela criminalização automática a partir da incidência da regra geral incriminadora que pune o homicídio.

Para Jakobs o fato de a aplicação da multicitada *Fórmula* para invalidar (negar vigência) por extremamente injusta a causa de justificação não autoriza, por si só, a incriminação das condutas com base na regra geral do homicídio. Segundo Jakobs, a invalidação assim levada a cabo gera um vácuo normativo decorrente da deliberada intenção do legislador estatal em não punir (não aplicar a regra geral) aos casos encobertos pela justificação invalidada. E mais: o aludido vácuo normativo não pode ser suprido pelo direito natural, que carece da coação estatal, até porque *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para Jakobs:

Com isso, os atos que *lesam* direitos humanos restam excluídos do âmbito jurídico, mas não por isso se convertem automaticamente em realidade do estado os atos que *protegem* direitos humanos. (Jakobs, 1995, p.460, itálicos nossos)

---

<sup>82</sup> Barroso relata-nos: “Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a *Magna Charta* foi, originariamente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosas. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas” (2009, p.10). No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, 2009, p.11.

Ao que parece, discorda Alexy, para quem a aplicação da Fórmula de Radbruch para invalidação da causa de justificação não proporciona nenhuma lacuna; logo, invalidada a causa de justificação, tem-se remanente a norma geral que incrimina o homicídio (cf. Alexy, 2000, p.221).

Sob o prisma subjetivo, invalidada que foi por imperativo de justiça material a causa de justificação e admitida a criminalização da conduta pela norma penal que proibia o homicídio, restaria patente a falta de culpabilidade na conduta dos guardas. O Tribunal Constitucional Federal, na linha do anteriormente decidido pelo Tribunal Supremo Federal, afirmou a culpabilidade com arrimo no argumento de que, dadas as circunstâncias do caso, o homicídio praticado constituiu um atuar de tal modo horrível e desprovido de qualquer justificação racional que a violação da proporcionalidade e da elementar proibição de matar estaria compreensível e evidente para qualquer homem, mesmo que doutrinado. Alexy, em sentido contrário, destacou:

Há demasiados argumentos para sustentar que não estava ao alcance de um grande número de jovens guardas de fronteira a determinação do ponto a partir do qual se poderia considerar “para além de toda a dúvida” que os disparos junto ao muro, ainda que amparados pelo direito positivo então vigente, não apenas eram direito injusto, senão também direito extremamente injusto, o que, portanto, constituía o pressuposto de sua antijuridicidade. (2000, p.228)

Por sua vez, com idêntica razão, acentua Jakobs:

...se no momento do fato não existe a punibilidade, ainda que seu fundamento seja um mal fundamento, o fato não pode caracterizar-se como expressão da maldade subjetiva, senão que ‘nesse’ ordenamento aparece como adequado, como normal. (1995, p.464)

Considerar as sentinelas portadores de consciência da ilicitude da conduta, segundo Jakobs, significa lhes atribuir um grau de visão que, antes do desaparecimento dos estados socialistas, não era usual nem nos estados ocidentais (1995, p.465). Logo, se não há excludente de ilicitude e, considerando típica a conduta, poderia haver uma causa excludente de culpabilidade, por ausência de

*consciência potencial de ilicitude*. Causa supra legal de exclusão da culpabilidade, a implicar o reconhecimento da famigerada discriminante putativa por erro de tipo permissivo.

Em conclusão, estamos que, delimitado o direito positivo conjuntamente com a *práxis* interpretativa, foi de acordo com o ordenamento real da RDA à época a conduta das sentinelas de abater o fugitivo que almejava cruzar a nado para a zona ocidental de Berlim. Ocorre que, com emprego do direito suprapositivo consubstanciado em diplomas internacionais de reconhecimento de direitos humanos, a aplicação da Fórmula de Radbruch invalida a causa de justificação, tornando referida conduta não só ilícita, mas também típica por conta da ausência de lacuna que torna possível a incidência da norma incriminadora genérica que pune o homicídio, o que afasta qualquer insurgência com base no direito não menos fundamental ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Inculpáveis, entretanto, as sentinelas, visto que não lhes era dado à evidência possuir consciência potencial da ilicitude de suas condutas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. *Doxa*, Barcelona, n.26, 2003. Disponível em:

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?incr=1>>. Acesso em: 1º mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La Doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín**. *Doxa*, Barcelona, n.23, 2000.

Disponível em: < file:///C:/Users/rda/Downloads/derecho-injusto-retroactividad-y-principio-de-legalidad-penal--la-doctrina-del-tribunal-constitucional-federal-alemn-sobre-los-homicidios-cometidos-por-los-centinelas-del-muro-de-berln-0.pdf >. Acesso em: 1º mai. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAKOBS, Günther. **Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado: ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?** *Doxa*, Barcelona, n.17-18, 1995.

Disponível em: <

<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=Cr%C3%ADmenes+del+Estado+%E2%80%93+Ilegalidad+en+el+Estado%3A+%C2%BF+Penas+para+los+homicidios+en+la+frontera+de+la+ex+Rep%C3%ABlica+Democr%C3%A1tica+Alemana%3F+>>. Acesso em: 1º mai. 2016.

GUBERT, Roberta Magalhães. ***Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral.*** Dissertação Mestrado. Unisinos. São Leopoldo, 2007. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf> >. Acesso em: 1º mai. 2016.

# A RELAÇÃO INTERESPECÍFICA HARMÔNICA ENTRE O ESTADO E A PAZ E O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AOS REFUGIADOS, ASILADOS E MIGRANTES

*Gisele Caversan Beltrami Marcato*<sup>83</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo dedicou à primeira parte da pesquisa na análise de estudiosos da Teoria do Estado, tendo como referencial teórico Hobbes, Bobbio e Bodin. Entretanto, pela limitação temporal e pela própria proposta da pesquisa, tais pensadores não tiveram suas teorias aprofundadas.

A pesquisa relacionou a formação do Estado e sua própria manutenção com a busca pela paz.

Hobbes em sua clássica obra “Leviatã” aponta a justificação racional da existência do Estado, mostrando a razão da sua existência.

Para o filósofo a causa de ser do Estado é a convergência de interesse dos homens que o compõe, ou seja, todos detém o mesmo interesse: a sobrevivência, a conservação da vida, a paz.

É essa a razão pela qual o homem abre mão de parcela da sua liberdade e se sujeita a regras estatais para em troca viver em segurança e em paz de baixo da proteção estatal.

---

<sup>83</sup> Professora do Curso de Direito no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela mesma Instituição de Ensino Superior. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade – questões críticas”.

E é pelo mesmo motivo que essa situação de subordinação se mantém. Por insegurança de viver como selvagem e não sobreviver a esse modo de vida é que o homem mantém-se sob a égide do Estado, e esse por sua vez se mantém.

Uma vez constatada que a busca por uma vida pacífica é a mola propulsora da existência e manutenção estatal, a pesquisa concentrou-se em questões terminológicas acerca de uma categoria de pessoas que são consideradas vítimas de guerras, perseguições políticas e ideológicas. Pessoas que vivem o fenômeno de movimento territorial, pois foram assoladas em seu direito à paz.

Trata-se dos refugiados, asilados e migrantes. Pessoas que deixam suas origens, sua língua, seus valores, sua cultura, suas ideologias em busca da paz, para viver em paz.

Nos países receptores passam por situações de discriminação por conta de fatores sociológicos como os explicitados acima, por fatores políticos e por fatores econômicos.

O tratamento jurídico dispensado a esses sujeitos é pautado no atual sistema internacional de proteção de direitos e garantias fundamentais, que tem na dignidade humana sua espinha dorsal e que deve irradiar seus efeitos na elaboração, na interpretação e na aplicação de normas.

Desse modo, os problemas levantados na presente pesquisa giram em torno da formação e manutenção do Estado. A paz realmente é o valor fundante que norteia o processo de formação e manutenção estatal? O fenômeno de movimentação de pessoas nos territórios gera categorias de pessoas com a denominação de refugiados, asilos e migrantes, nesse sentido, a pesquisa visou responder se há e quais são as diferenças entre esses sujeitos? Qual o tratamento jurídico dispensado a essas categorias de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro? Quais direitos e restrições são atribuídas a esses sujeitos? O que disciplina o sistema internacional de garantias e direitos fundamentais? Refugiados e asilados sofrem discriminação em razão de fatores sociológicos? Essas são as problematizações que nortearam a presente pesquisa.

Portanto, o objetivo é a constatação de que a paz é o elemento justificador da existência e manutenção do Estado. É responsável pelos movimentos territoriais de refugiados e asilados. E essa categoria de pessoas são titulares de direitos tanto na ordem

internacional que preceitua a dignidade humana como valor fundamental, que por sua vez, deve estar presente na elaboração e aplicação de normas garantidoras de direitos fundamentais.

Assim a condição de ser humano é a única necessária para assegurar a titularidade de direitos fundamentais. No plano interno há restrições em razão da soberania nacional de cada Estado, entretanto, a dignidade humana continua ser o valor fundante da efetivação de garantias e direitos fundamentais. É o que deve prevalecer.

De igual modo se objetiva, portanto a análise dos direitos e restrições aplicadas aos refugiados e asilados no ordenamento jurídico brasileiro. Para ao final se concluir que todo homem é merecedor de viver em paz e em condições condizentes a sua condição humana.

Justifica-se a presente pesquisa pelo atual e constante fenômeno de movimentação de pessoas entre os territórios.

Esse fenômeno se mostra cada vez mais atual, devido aos conflitos e guerras, que vitimam crianças, mulheres, pais de famílias e até mesmo famílias inteiras. Vítimas que deixam suas origens, seus valores, suas crenças, suas ideologias, sua língua e se aventuram em países estrangeiros em busca de paz. Mais uma vez, a paz é o elemento justificador do referido fenômeno de movimentação de pessoas, que em território estrangeiro tem direitos assegurados, sofrem certas restrições em nome da soberania do Estado receptor, sofrem discriminação em razão de fatores sociológicos, mas de acordo com o atual sistema internacional de garantia de direitos fundamentais titularizam o direito a condições dignas de vida.

Para tanto, o caminho percorrido foi o da dedução. Onde a hipótese explicativa foi a de que a paz é sim o valor fundante na formação e manutenção do Estado, é o elemento justificador da movimentação de pessoas nos territórios, e deve ser assegurada a todo ser humano.

## **2 A PAZ COMO FINALIDADE PARA FORMAÇÃO E MANUTENÇÃO DO ESTADO**

Para o fim de se determinar o regime jurídico estatal atual no que se refere à soberania estatal e o tratamento dispensado aos refugiados e afins se faz necessária uma análise das instituições estatais ao longo da história.

Entretanto, os limites de dimensão do presente estudo impedem a análise detalhada dos importantes estudiosos que concentraram seus esforços na formulação de teorias de formação do Estado.

Torna-se imprescindível, no entanto, uma breve análise das doutrinas dedicadas à análise dos modelos estatais.

A fim de entender, a forma como a soberania se desenvolveu e se mostra atualmente depende da análise dos mecanismos, por vezes, complexos responsáveis pelo surgimento do Estado, de maneira a identificar o Estado contemporâneo e o tratamento, atualmente, dispensado a paz e aos refugiados.

A filosofia política de Hobbes, por exemplo, contribuiu para a análise das relações sociais dos atores do Estado (relação entre governante e governados). Hobbes em sua clássica obra “Leviatã” aponta a justificação racional da existência do Estado, mostrando a causa, a geração e a definição do Estado.

Para Hobbes a causa de ser do Estado é a convergência de interesse dos atores que compõem o Estado, ou seja, os homens. O interesse uníssono é sua própria conservação e uma vida mais satisfeita. É possível observar isso na seguinte passagem da obra de Hobbes (1651, p. 59):

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.

Dessa forma, Hobbes aponta a condição de guerra e o conseqüentemente medo desta como causa geradora da existência do Estado. E explica que isso impulsiona os homens a constituírem



pactos através dos quais designam um homem dentre os seus ou uma assembleia que os representem e submetem a este representante suas vontades. Seria como se cada homem cedesse e transferisse o direito de ser governado. De modo que aquele que recebe o poder em relação aos demais é chamado de soberano, e todos os demais de súditos.

Forma-se o que Hobbes denomina de Leviatã, ou seja, um Deus Mortal (o soberano) que abaixo do Deus Imortal garante paz e defesa aos seus súditos.

Nas palavras de Hobbes (1651, p. 61):

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.

A essa multidão reunida em uma só pessoa – o soberano, Hobbes denomina de *civitas*, do latim Estado.

É possível constatar que assim Hobbes destaca a importância da necessidade do Estado para fins de sua manutenção, pois se uma grande multidão fosse capaz de observar a justiça e as leis naturais, não seria imprescindível um poder que garantisse o respeito a essas leis, tampouco um governo civil ou um Estado.

Sabidamente, Hobbes questiona que algumas criaturas vivas e irracionais vivem socialmente, como, por exemplo, as formigas ou abelhas, sem, contudo, dispor de suas vontades. Essas criaturas continuam cada uma com direção própria, juízo próprio e não apresentam linguagem que possam identificar umas às outras.

Diante disso, Hobbes (1651, p.60) lança a seguinte indagação: “Assim, talvez haja alguém interessado em saber por que a humanidade não pode fazer o mesmo”?

E responde o seguinte, concatenando suas ideias na seguinte sequência de argumentos: (1) O de que os homens se envolvem, recorrentemente, em competições pela honra e pela dignidade – o que não ocorre com as demais criaturas irracionais – faz surgir entre eles sentimentos negativos como: a inveja, o ódio, etc.. Sentimentos que acabam por culminar em disputas e, finalmente, em guerras. Destaca-se que são, justamente, as guerras e o medo delas que impulsionam os homens a constituírem pactos a fim de se defenderem delas, o que já foi visto alhures. (2) Diferentemente, do que ocorre entre os homens, as criaturas irracionais não diferem o bem comum do bem individual. O homem, por sua vez, apresenta a necessidade de encontrar prazer quando se sente superior aos seus pares, e a posse sobre bens individuais lhes proporciona isso. O que mais uma vez gera os sentimentos negativos no item anterior descrito. (3) A falta do uso da razão nas criaturas irracionais faz com que estas não julguem a administração do bem comum. Em contrapartida, o homem tende a se julgar mais sábio, mais capacitado que seu par. Essa competição estimula cada vez mais o surgimento de inovações na administração do bem comum, e essa eterna concorrência, muitas vezes, leva a desordem civil e a guerra. (4) Hobbes explica que as criaturas irracionais “carecem da arte das palavras” o que muitas vezes é usado pelos homens, que a titulariza, para semear descontentamento entre os seus. (5) As criaturas irracionais não apresentam discernimento para proceder e identificar o que seja injúria ou dano, e por isso não se ofendem mutuamente, como pode fazer o homem, que quanto mais satisfeito com si próprio mais implicativo tende ser com os demais, na busca pelo controle dos

que governam. (6) Por fim, Hobbes aponta que o pacto vigente entre as criaturas irracionais é natural; já o realizado entre os homens é artificial. Por esse motivo, não é de se admirar que alguma deficiência seja identificada sendo imprescindível algo a mais que garanta a observância ao pacto.

Hobbes pretendeu, sob sua ótica, apontar uma justificativa racional para a existência universal do Estado, identificando a causa geradora do Estado e as razões que levam os súditos a obedecerem os comandos do soberano. O autor se concentrou em apontar a justificativa da existência do Estado, não desejando explicar o fenômeno do poder, o que coube a ciência política.

É visível a necessidade de existência do Estado para a própria sobrevivência de seus cidadãos. Dessa forma, cada qual abre mão de parcela da sua própria liberdade a fim de se viver sob a égide da paz.

E Bobbio (1997, p. 72), explicando Hobbes afirma que:

A justiça é ordem. Esta teoria surge do fato de considerar como fim último do direito a paz social. Ela sustenta que a exigência fundamental segundo a qual os homens criaram o ordenamento jurídico é de sair do estado de anarquia e de guerra, no qual viveram no estado de natureza. O direito é remédio primeiro e fundamental contra os males que derivam do *bellum omnium contra omnes*. E esse realizou o seu fim quando, por meio de um poder central capaz de emanar normas coercitivas para todos os associados, é estabelecida uma ordem social, qualquer que seja essa. O direito natural fundamental que essa teoria deseja salvaguardar é o direito à vida. O direito como ordem é o meio que os homens no decorrer da civilização, encontram para garantir a segurança da vida. Um exemplo característico dessa concepção de justiça encontra-se na filosofia política de Hobbes.

Dessa forma, o indivíduo abre mão de parcela da sua liberdade para viver em paz, protegido das guerras e do estado de selvageria.

Mas, com a constituição do Estado surgiu a soberania deste. Agora é possível fazer a seguinte relação de dependência na esteira acima já feita: se para a existência do homem é necessária existência do Estado, para a existência do Estado, segundo alguns pensadores, é necessária a soberania deste.

Um desses pensadores é Bodin. Para ele a soberania proporciona ao Estado características essenciais para sua existência como um poder superior, incondicionado e também ilimitado.

Ferrajoli (2002, p. 20-21), afirma que:

Não menos importantes são as implicações dessa construção em relação à soberania externa. Se o Estado é soberano internamente, ele o é por necessidade, não existindo fontes normativas a ele superiores, também externamente. Mas a sua soberania paritária externa dos outros Estados equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado. É assim que a criação do estado soberano como fator de paz interna e de superação do bellum omnium (guerra de todos) entre as pessoas de carne e osso equivale à fundação simultânea de uma comunidade de Estados que, justamente por serem soberanos, transformam-se em fatores de guerra externa na sociedade artificial de Leviatãs com eles gerada.

Daí a necessidade da soberania como característica necessária para a própria existência e manutenção do Estado.

Como forma de garantir a paz para seus cidadãos internamente, acabando com o estado de selvageria, se faz necessário estabelecer a soberania externa em relação aos outros Estados, e parecendo um contrassenso estabelece-se uma relação de guerra entre eles.

Assim pode-se afirmar que o cenário internacional do século XVII e XVIII traz os chamados Leviatãs: verdadeiras máquinas e lobos artificiais em estado de guerra virtual e permanente, libertos de qualquer vínculo legal e subtraídos ao controle daqueles que os criaram. E como consequência ainda apresenta a legitimação da desigualdade entre os povos, prevalecendo o homem branco, e as consequências do racismo. É o modelo de Estado soberano e a consequente guerra entre os Estados. (FERRAJOLI, 2002, p. 22-25).

Esse é o panorama do surgimento dos Estados e de sua soberania e a busca pela pacificação social. Soberania essa que marcou o regime absolutista, podendo ser caracterizada como una, já que nos limites estatais somente o Estado a exerce. É universal, já que de maneira irrestrita deve ser respeitada por todos cidadãos no limite estatal. E não se preocupa com a legitimidade e a juridicidade,

pois deriva de um império absoluto e déspota. Essa é a soberania clássica.

Reforça essa ideia sobre o tema, Henkin apud Piovesan (2010, p. 120): "historicamente, a forma pela qual um Estado trata o indivíduo em seu território era assunto de seu interesse exclusivo, decorrente de sua soberania relativamente ao seu território e da liberdade de agir".

Quebra esse paradigma o surgimento dos direitos humanos no cenário internacional, já que o tratamento dado ao indivíduo passa a não ser mais assunto de exclusividade do Estado.

A mudança paradigmática foi marcada, especialmente, pela limitação do poder estatal e pela mudança ideológica de que os cidadãos é quem devem ser prioridade no seu Estado e não o próprio Estado.

As arbitrariedades e os abusos estatais passam a ser freados pelos direitos fundamentais e pela legalidade (PIOVESAN, 2011, p. 143).

Como já dito alhures os direitos fundamentais são resultados de fatos históricos e seus respectivos movimentos de luta por direitos e mudanças sociais. Daí a denominação de dimensões de direitos e a principal característica que é a historicidade.

Contribui de forma significativa para a mudança de valores e até mesmo do modelo da soberania clássica, não somente a eclosão dos direitos humanos, mas também a criação da ONU (Organização das Nações Unidas).

Ferrajoli (2002, p. 39 e 40) relata que com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945 e através da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, a soberania externa clássica deixa de ser livre e absoluta, já que surge o seu controle por meio de dois preceitos: i) O imperativo da paz; ii) A tutela dos direitos humanos.

Isso altera de maneira drástica a soberania clássica, o tratamento dispensado aos indivíduos e a relação entre os Estados soberanos. Pode-se dizer que há o declínio do modelo absolutista de Estado.

A internacionalização dos direitos humanos foi impulsionada pela chamada Sociedade das Nações – SDN, (1920-1945). É

possível observar que sua criação se deu com o fim da Primeira Guerra Mundial, e seu objetivo era promover a cooperação, a paz, e a segurança internacional, condenando as agressões externas, defendendo a integridade territorial e a independência política. E para tanto formulou-se um pacto que continha dispositivos que restringiam a soberania absoluta dos Estados, valorizando o respeito aos direitos humanos como prioridade e objetivo de todos os componentes da sociedade internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 116 e 117).

Frisa-se que começa o movimento de restrição da soberania Estatal e o respeito aos direitos humanos. A mudança paradigmática era marcante.

A ideia precípua era a de intervenção seja onde for, diante de violações a direitos humanos, mesmo que isso importasse em uma flexibilização da soberania estatal.

Ocorre que essa liga não foi capaz de evitar a Segunda Guerra Mundial, sendo, por isso, dissolvida em sua 21ª sessão. Mas, o ideário dessa liga manteve vivo<sup>84</sup>.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT de igual forma contribui para a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que através dela foram criadas inúmeras Convenções que regulavam a proteção do trabalhador e lhes garantia direitos trabalhistas e sociais.

O direito humanitário tem, portanto, o condão de frear arbitrariedades estatais e evitar violações de direitos fundamentais. Caracteriza-se, como a primeira manifestação, de que no plano internacional, mesmo em situações de conflito bélico, possuem limites à liberdade e autonomia dos Estados. (PIOVESAN, 2010, p. 116). O Estado não pode pautado em sua soberania esmagar direitos individuais.

A disseminação da informação com os avanços tecnológicos mudou de sobremaneira. Agora, as catástrofes frutos de guerras passaram a ser divulgadas pelo mundo através da informação. Isso altera mais uma vez a questão da soberania estatal e o tratamento

---

<sup>84</sup> Nasce o ideário de uma nova organização, que foi inicialmente altercada pelo Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt e pelo Primeiro Ministro inglês Winston Churchill, na Carta do Atlântico, de 14 de agosto de 1941. (COMPARATO, 2004, p. 211).

dispensado as vítimas de guerras. Explica Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 81):

(...) toda guerra é, em princípio, um momento de irracionalidade, de substituição de todos os avanços conquistados, às vezes penosamente, durante a longa marcha civilizatória da humanidade pela força bruta, é um momento de retorno à barbárie. Por esse motivo, quando no século dezenove as guerras se tornaram mais "tecnológicas", ficando mais fácil matar o inimigo à distância, e quando os meios de divulgação já permitiam a difusão mais ampla de informações sobre os males causados pela guerra, começou um esforço de homens de boa vontade, no sentido de estabelecer limites às ações de guerra. Foi assim que se desenvolveu o chamado "Direito de Genebra", que tem seu ponto de partida com a celebração de um acordo multilateral, conhecido como Convenção de Genebra, em 1864, sendo esse um marco fundamental no desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. Depois disso vieram diversos tratados e acordos internacionais, fixando limites ético-jurídicos para as violências em ações de guerra, tratando da proteção devida às populações civis envolvidas numa circunstância bélica e, além disso, colocando as exigências mínimas quanto ao tratamento a ser dispensado aos prisioneiros de guerra, para que se preserve a dignidade humana.

Como se vê, a Convenção de Genebra (1864) marca mais essa mudança, esse avanço dos direitos humanos. E se instauram mais normas protetivas à população civil a fim de se preservar a dignidade humana.

Dessa forma, é com a Segunda Guerra Mundial que se projetam esforços para garantir proteção à pessoa, ao indivíduo, ao cidadão vítima das situações de conflitos externos.

Como já citado no tópico anterior, mais tarde em 1951 a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi aprovada em uma Conferência Especial da ONU, em 28 de julho do corrente ano.

O Estatuto ficou conhecido como Convenção de Genebra, uma vez que, foi aprovada neste local. A Convenção apenas fazia menção acerca da proteção dispendida àqueles considerados refugiados cuja nacionalidade era europeia. Isso em decorrência das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Entretanto, em 1967 foi elaborado um Protocolo que removeu os limites geográficos e temporais, passando a Convenção a proteger

refugiados de qualquer nacionalidade e não somente os vitimados pela Segunda Guerra Mundial. A Convenção, atualmente, detém 147 signatários, dentre eles o Brasil.

A Convenção é, portanto, o conjunto de dispositivos protetores estabelecido pelo aparato de Genebra. Essas normas garantem a proteção aos indivíduos de maneira geral, sem restrição a determinadas categorias de pessoas, tendo, por objetivo proteger todos aqueles que de forma concreta ou em potencial foram atingidos por conflitos, guerras civis e enfrentamentos dessa natureza.

Dessa forma, com a eclosão dos direitos humanos e a criação da Organização das Nações Unidas rompe-se com o modelo de Estado absolutista e a soberania clássica e seu consequente tratamento dispensado aos indivíduos, e o que culminou na proteção da dignidade humana no cenário internacional.

Uma vez superada a questão de formação e manutenção do Estado através do bem jurídico e social: a paz passa-se a análise da condição daqueles que tiverem violado o seu a paz no seu Estado de origem, restando senão a opção de se aventurar em terras estranhas, com o intuito de alcançar a já roubada paz e as condições dignas de vida.

## 2.1 QUESTÕES TERMINOLÓGICAS: MIGRANTES, REFUGIADOS DE GUERRA E REQUERENTES DE ASILO

A questão terminológica se mostra importante à medida que a depender da caracterização de cada situação tem-se um tratamento jurídico diferenciado. Dessa forma, a presente pesquisa traçará de maneira sucinta a diferença entre os três sujeitos que se seguem: migrantes, refugiados de guerra e os requerentes de asilo. Oportuno salientar que a finalidade é de diferenciar as três figuras de modo a aprofundar a análise do tratamento jurídico dado a cada um, e não proceder a uma cognição vertical plena em relação a nomenclatura atribuída.

Desse modo, de maneira enxuta pode-se caracterizar um migrante<sup>85</sup> pela saída voluntária de seu país de origem para outro

---

<sup>85</sup> Ainda há que se diferenciar migração, imigração e emigração. A migração é a movimentação territorial de pessoas dentro do mesmo território. Enquanto que a



lugar dentro ou fora deste. Frisa-se que, o critério diferenciador determinante é a voluntariedade. A saída do país de origem para outro local dentro do mesmo país ou para lá dessas fronteiras se dá por iniciativa própria, não foi compelido, não há coação. Além disso, não resta evidenciado nenhuma situação de violência ou caracterização de guerra ou perigo de vida, mas tão somente a busca por condições melhor de vida. Como se vê, algo mais tênue, voluntário e menos extremista. (Glosario sobre migración. Derecho Internacional sobre Migración, n. 7. Ginebra: OIM, 2006).

Já em relação ao refugiado, para assim ser considerado é necessário o enquadramento legal na chamada Convenção de Genebra<sup>86</sup> sobre Refugiados. Para a referida Convenção, refugiado aplica-se a qualquer pessoa:

(...) Que, receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Assim refugiado é aquele que deixou seu país não de maneira voluntária, mas sim, foi compelido por conta de sua etnia, religião, nacionalidade, convicção política ou pertencimento a certo grupo social.

É possível constatar que o termo “refugiado” foi especialmente elaborado de forma a abranger o maior número possível de pessoas que estejam em situação de perseguição ou

---

imigração é a vinda de estrangeiros de outros países. Por fim, a emigração é a saída de nacionais. (SANTIN, 2008, p. 132)

<sup>86</sup> A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi aprovada em uma Conferência Especial da ONU, em 28 de julho de 1951. Ficou conhecida como Convenção de Genebra, uma vez que, foi aprovada neste local. A Convenção apenas fazia menção acerca da proteção dispendida àqueles considerados refugiados cuja nacionalidade era europeia. Isso em decorrência das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, em 1967 foi elaborado um Protocolo que removeu os limites geográficos e temporais, passando a Convenção a proteger refugiados de qualquer nacionalidade e não somente os vitimados pela Segunda Guerra Mundial. A Convenção, atualmente, detém 147 signatários.

ameaça de violência em razão de diversos fatores, já elencados no parágrafo anterior.

Por fim, os requerentes de asilos são aquelas pessoas que estão em uma situação transitória, ou seja, requereram asilo em determinado país, entretanto, ainda não obtiveram resposta. Geralmente, cada país tem um órgão específico com a função de analisar se o requerimento cumpre os requisitos para a concessão do asilo. Referido órgão poderá não conceder o asilo, se o requerente não preencher os requisitos legais (o que é próprio de cada país concedente), hipótese em que o requerente deverá deixar o país, sob pena de deportação.

Importante salientar a diferença entre os dois institutos: refúgio e asilo.

O refúgio é um instituto jurídico internacional com previsão legal expressa na Convenção de Genebra, como dito anteriormente. É caracterizado quando um número considerado de pessoas passa a sofrer perseguição em razão de condições étnicas, religiosas, políticas e por causa de determinada nacionalidade. Sendo, portanto, considerada de caráter humanitário, onde aquele que sofre a perseguição busca proteção (refúgio) fora de seu país de origem (REZEK, 2000, p.198).

Por sua vez, o asilo é um instrumento jurídico mais expressivo na América Latina, uma vez que sua previsão legal consta no Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú, de 1889. De igual modo, encontra previsão na Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928. Além de ter previsão expressa também na Convenção de Caracas sobre o Asilo Territorial, assinada na capital da Venezuela no início de 1957. Portanto, trata-se de um instituto característico da América Latina.

É usualmente utilizado em casos específicos de perseguição política, por isso é denominado de asilo político ou diplomático<sup>87</sup>. Isto é, em casos de crimes de cunho político é o instituto a ser aplicado.

Trata-se de uma proteção dada ao perseguido político que cruza as fronteiras do Estado-concedente e passa a viver sob sua soberania (asilo territorial) ou em embaixadas de outros países, que é o chamado asilo diplomático (SCAGLIA, 2009, p.35).

---

<sup>87</sup> Encontra-se previsto legalmente na Convenção de Havana (1928), na Convenção de Montevideú (1933) e a Convenção de Caracas (1954). (SCAGLIA, 2009, p.35).

Apresenta cunho político e não humanitário. Não havendo participação de organismos internacionais, já que é concedido pelo Estado, portanto, trata-se de um ato de soberania estatal. Do contrário o refúgio é efetivado pelo ACNUR - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

O asilo político é considerado, portanto, o abrigo de estrangeiro que está sendo perseguido, por razão de dissidência política, por delitos de opinião, ou por crimes que tem ligação com a segurança do Estado (ANNONI, 2002, p.57).

O Brasil prevê expressamente a regulamentação do asilo político na Constituição Federal (1988, p.01):

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

Omissis.

X: concessão de asilo político.

Pode ser dado como exemplo o caso do ex-agente da CIA, Edward Snowden, que requereu asilo político a vários países do mundo por ter divulgado documentos secretos do governo dos EUA que evidenciavam a forma do governo fazer espionagem. Após essa divulgação passou a sofrer perseguição política.

Terminada a análise acerca das questões terminológicas passe-se a analisar no tópico seguinte o tratamento jurídico dado aos estrangeiros no Brasil, apontando as questões críticas.

## 2.2 REFUGIADOS, ASILADOS E IMIGRANTES NO BRASIL: DISCRIMINAÇÃO, DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS

Uma vez superada a questão da análise da paz como finalidade para formação e a própria manutenção estatal, assim como após breve análise de questões terminológicas acerca do fenômeno da movimentação territorial de pessoas, passa-se a analisar as garantias legais, os direitos assegurados, além da discriminação sofrida pelos refugiados e asilados no Brasil.

A razão pela qual o cidadão deixa seu país de origem e aventura-se em terras estrangeiras pode ser das mais variadas ordens, tais como: econômica, política, racial, religiosa e ideológica.

Santin (2008, p. 134) explica que:

No aspecto político, a migração decorre de convite, asilo ou refúgio. A migração por convite atende a aspectos políticos e econômicos (Alemanha e Irlanda). O asilado é aceito e protegido pelo país receptor, para fugir de perseguição política ou por divergências doutrinárias, com base no direito internacional (Convenção sobre Asilo Territorial, de Caracas, 1954; art. 22, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Refugiado é o imigrante vítima de guerra no país de origem, com direito reconhecido pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951. As guerras da Iugoslávia, Bósnia e na África aumentaram o número de refugiados. Somente em 1992, início da guerra na Bósnia, a Alemanha recebeu 440.000 pessoas

Como se vê, perseguições políticas e guerras são fatores determinantes para impulsionar a saída de um nacional de seu país de origem e passar a buscar proteção e uma nova vida em outro país. E o direito internacional, através de tratados e convenções tutelam essa condição, como por exemplo o já citado Estatuto dos Refugiados de 1951, do qual o Brasil é signatário.

O Brasil garante a igualdade entre nacionais e estrangeiros residentes no país, conforme prevê o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. O estrangeiro tem assegurado o direito à adoção desde que observadas as condições previstas em lei (art. 227, §5º, CF). Garante-se ao estrangeiro o direito de pleitear a nacionalidade brasileira (art. 12, II, CF). Garantem-se direitos fundamentais, tais como saúde (art. 196, CF), uma vez que referido direito é universalizado. Em relação ao direito à saúde é possível observar que a garantia deve ser estendida a estrangeiros domiciliados ou não no Brasil, ou seja, estende-se a garantia àqueles que não possuem domicílio no país, tal a universalização do respectivo direito:

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade

de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006).

A educação é tratada como um direito de todos e dever do Estado (art. 205, CF). O trabalho de igual modo foi assegurado de maneira livre e igualitária (art. 5º, XIII, CF) e garantias processuais, tais como: contraditório e ampla defesa, à igualdade entre as partes, juiz natural e à garantia de imparcialidade. E referidas garantias vêm sendo efetivadas mesmo para aqueles que não possuem domicílio no Brasil, veja:

(...) a essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do ‘due process of law’ (RTJ 134/56-58 – RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (STF, Ext953/RFA, Relator Min. Celso de Mello, j. 28/9/2005).

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL. CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS. PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQUÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL). O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS”. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS,

NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES. PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DO STF (PLENO). MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.(STF, Processo-crime nº 2006.61.81.008647-8. Relator Min. CELSO DE MELLO, decisão publicada no DJE de 7.4.2008).

Desse modo, qualquer pessoa que esteja sob a égide da jurisdição brasileira poderá titularizar direitos e garantias fundamentais, já que a espinha dorsal do referido sistema é a dignidade da pessoa humana que, por sua vez, irradia fundamentos humanitários que devem estar presentes em decisões judiciais, administrativas, na gestão política e na formulação de políticas públicas.

E mesmo que o caput do artigo 5º da Constituição Federal imponha a condição de domiciliado no país para que a pessoa ostente direitos e garantias fundamentais é oportuno salientar que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica que preceitua logo no seu artigo 1º que todo ser humano é titular de direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, basta a condição humana para que tais direitos e garantias sejam asseguradas, sem qualquer menção a comprovação de domicílio.

Em que pese essa linha garantista ser o posicionamento dos Tribunais Superiores há algumas restrições legais feitas em relação a estrangeiros, como por exemplo, em relação aos direitos políticos, estes ostentam a condição de inalistáveis e inelegíveis (art.14, §§ 2º e 3º). No aspecto econômico também é possível apontar restrições como em relação a possíveis investimentos de capital estrangeiro no País (artigos 170, IX, 172 e 192), a aquisição de propriedade (art. 190).

Há restrições no que se refere à comunicação e a mídia nacional (Art. 222, §§ 1º ao 5º). As atividades fronteiriças sofrem também restrições (art.20, § 2º).

As referidas restrições são justificadas pela manutenção e proteção da soberania nacional.

Entretanto, o valor preconizado pela Constituição é humanitário e prevê igualdade de tratamentos a todos, de maneira indistinta. É o que deve prevalecer.

Além da questão do tratamento legal dispensado aos estrangeiros, sejam refugiados, asilados ou imigrantes o aspecto sociológico deve ser analisado. Nele residem os motivos de discriminação que atinge essa categoria de pessoas.

A língua e as diferenças culturais podem ser apontadas como obstáculos a integração e a convivência pacífica. Nesse sentido, afirma Santin (2008, p. 137):

Os aspectos sociológicos da discriminação, relacionam-se à xenofobia, a aversão a estrangeiro. Na Argentina, há um processo de aversão aos trabalhadores estrangeiros, principalmente bolivianos e paraguaios. O próprio candidato a presidente Eduardo Duhalde incentivou esse sentimento (Gazir). Os problemas de língua e culturas diversas contribuem para a discriminação, porque causam distância e dificuldade de convivência e integração.

Ocorre que a discriminação vem sendo alvo de tratados e convenções internacionais que visam extirpar essa prática. Havendo inclusive a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1968, que visa garantir a dignidade e igualdade a todos os seres humanos e promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião.

A paz foi à mola propulsora da formação do Estado, foi o combustível para sua manutenção e o motivo pelo qual nacionais deixam seu país de origem, sua cultura, sua língua, seus valores, suas ideologias e se aventuram em terras estrangeiras, estranhas e por vezes nem um pouco cordial e receptiva. Sujeitos à discriminação, apesar de garantias legais previstas no ordenamento jurídico interno e em Tratados e Convenções de ordem internacional, aceitam por vezes, condições indignas de trabalho, de acesso à saúde e a educação, e até mesmo uma vida na clandestinidade.

Entretanto, a linha ideológica prevista tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no plano internacional propugnam a dignidade humana, a igualdade e a não discriminação, sendo obrigatória a efetivação de direitos e garantias fundamentais previstas nesses catálogos.

Basta ostentar a condição de ser humano para ser titular de referidos direitos, qualquer limitação ou discriminação foge ao preceito fundamental previsto no sistema legal interno ou internacional.

### **3 CONCLUSÃO**

A pesquisa teve início com a análise da formação e manutenção do Estado. Foi para tanto utilizadas algumas linhas filosóficas tendo como destaque a de Hobbes, que justifica de maneira racional a existência do Estado, apontando como razão de sua existência da busca pela paz.

Assim a causa de ser do Estado é a convergência de interesse dos homens que o compõe. Todos de maneira indistinta buscam a paz, a vida em segurança.

Em razão disso, abrem mão de parcela da sua liberdade e se sujeitam a regras estatais.

E por esse motivo essa subordinação ao poder estatal se mantém.

Em um segundo momento a análise se projeta na situação daqueles que vitimados por guerras e perseguições políticas deixam seu país de origem em busca de paz. Dão força ao atual e constante fenômeno de movimento de pessoas em territórios estrangeiros.

Tratam-se dos refugiados e asilados. Nesse ponto, a pesquisa diferenciou três categorias de pessoas: (1) o migrante, caracterizado pela saída voluntária de seu país de origem para outro lugar dentro ou fora deste, sem ter sido coagido, sem ter sofrido situação de violência ou guerra; (2) o refugiado, que de acordo com a Convenção de Genebra sobre Refugiados deixa seu país não de maneira voluntária, mas sim, por conta de perseguições em razão de sua etnia, religião, nacionalidade, convicção política ou pertencimento a certo grupo social; (3) os requerentes de asilos, por sua vez, são aquelas pessoas que estão em uma situação transitória, ou seja, requereram asilo em determinado país, entretanto, ainda não obtiveram resposta.

Na parte final da pesquisa buscou-se evidenciar o tratamento jurídico dispensado a essas categorias de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos e as restrições sofridas (em nome da



soberania estatal). Além das discriminações em razão de fatores sociológicos.

São sim, sujeitos de direitos, uma vez que titularizam a condição de seres humanos. São merecedores de uma vida digna e em paz.

O ordenamento jurídico brasileiro é perpetuador da igualdade entre todos, brasileiros e estrangeiros. E é signatário de tratados e convenções que perpetuam valores como dignidade humana e efetivação de direitos e garantias fundamentais a todos indistintamente.

As discriminações sofridas são em razão de fatores sociológicos como língua, cultura, costumes. Mas, devem ser superadas, pois a vida pacífica e digna é direito de todos, conforme preceitua o sistema internacional de direitos e garantias fundamentais, e a discriminação deve ser extinta qualquer que seja sua forma.

Dessa forma, resta garantido aos refugiados, aos asilados, bem como aos migrantes direitos fundamentais como: saúde, educação, trabalho e garantias processuais como o devido processo legal, habeas corpus, mandado de segurança, imparcialidade do juiz, juiz natural e igualdade entre as partes, entre outras.

Resta vedada qualquer tipo de discriminação em razão de raça, cultura, ideologia, valores, crenças, língua.

O direito a paz é um direito fundamental e deve ser garantido a todo aquele que ostenta a condição humana, independente do preenchimento de qualquer requisito ou condição.

O país receptor de refugiados e asilados, sendo signatário do Estatuto dos Refugiados, proporciona o acolhimento e condições de adaptação e integração, proibindo qualquer prática discriminatória.

O fenômeno mundial de movimento de pessoas sobre os territórios se mostra cada vez mais constante e atual, as guerras e conflitos políticos se mostram presentes e impulsiona o referido fenômeno, por isso a política de acolhimento deve ser cada vez mais presente nos países receptores como forma de fazer cumprir o valor fundante e irradiante de ordenamentos jurídicos considerados democráticos e de direito: a dignidade da pessoa humana e a efetivação de direitos.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; GÖTTEMS, Claudinei J. **Educação para a Democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod/fc528592c3858f90>. Acesso em: 27 abr. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BERNARDI, Renato. **Ensaio escolhido de direito constitucional**. Brasília: Kiron, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- \_\_\_\_\_. O futuro da democracia. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- \_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº953/RFA, Relator Min. Celso de Mello, j. 28/9/2005).
- \_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processo-crime nº 2006.61.81.008647-8. Relator Min. CELSO DE MELLO, decisão publicada no DJE de 7.4.2008).
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- COMPARTATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Conceitos básicos de migração segundo a OIM é o resultado da tradução livre feita pela equipe do CSEM de alguns termos do Glosario sobre migración**. Derecho Internacional sobre Migración, n. 7. Ginebra: OIM, 2006. Disponível em

[http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos\\_basicos\\_de\\_migracao\\_segundo\\_a\\_oi\\_m.pdf](http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos_basicos_de_migracao_segundo_a_oi_m.pdf). Acesso em 24 mar. 16

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora de um Substancialismo Mitigado**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

**Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 03 abr. 2016

ONU. ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/conv-0.html>>. Acesso em: 07 de abril de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. **O direito internacional no século XXI: textos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003..

SANTIN, Valter Foletto. **Migração e discriminação de trabalhador**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi – Argumenta. 2008. Disponível em: : <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/76/76>. Acesso em: 03 abr. 2016

# ASSÉDIO MORAL COLETIVO PERSPECTIVAS DE CARACTERIZAÇÃO DE DANOS À DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Frank Aguiar Rodrigues*<sup>88</sup>

*Anderson de Sousa Pinto*<sup>89</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste estudo interessa-nos investigar o assédio moral coletivo, na perspectiva dos danos causados à dignidade dos trabalhadores dentro do ambiente das relações de trabalho, que podem provocar demandas judiciais. Há tempos o Direito do Trabalho tem dedicado especial atenção à forma como os trabalhadores são submetidos aos desmandos de seus empregadores, de modo a causar-lhes danos à dignidade.

O art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve: “Considera-se empregado toda a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Ou seja, a relação de trabalho é formada através

---

<sup>88</sup> Aluno do Programa de Pós Graduação *Stricto Senso* em Direito (UNIVEM) – Campus Marília. **Frank Aguiar Rodrigues** é bacharel em direito pela Faculdade do Vale do Itapecuru – FAI, especialista em direito e processo do trabalho pela UNIDERP, advogado atuante e professor no curso de direito na Faculdade do Vale do Itapecuru, desde o ano de 2011, E-mail: frankaguiarrodrigues@hotmail.com.

<sup>89</sup> Aluno do Programa de Pós Graduação *Stricto Senso* em Direito (UNIVEM) - Campus Marília. Bacharel em direito pela Universidade CEUMA, especialista em Docência do Ensino Superior pela FIJ, Direito Processual Civil pela Faculdade do Vale do Itapecuru - FAI, Diversidade Cultural na Educação pelo Instituto Federal do Maranhão - IFMA, Advogado atuante e Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Itapecuru – FAI, desde o ano de 2010, Pesquisador do Grupo Direitos Fundamentais Sociais (DiFuSo).

de uma relação jurídica em que existem os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante entre as partes.

Desse modo, quando é violado um direito do trabalhador, nasce para o ofendido o direito de reparação, e para o ofensor o dever de reparar tal dano, sendo utilizados para isso todos os meios de provas admitidos em direito.

No contexto do capitalismo globalizado, o assédio moral assume um papel de destaque, tendo em vista as grandes mudanças ocorridas nas relações de trabalho e no Direito do Trabalho quanto à valorização do empregado, numa visão de tutela da dignidade humana do empregado (DIAS, 2015).

Atualmente, seja de forma horizontal ou vertical, a ocorrência do assédio moral nos mais diversificados espaços de trabalho tem trazido graves consequências às vítimas, com reflexo na conduta e no psicológico do empregado. Pois, se trata de uma ofensa a personalidade do empregado, internamente vinculado a sua dignidade de trabalhador.

O tema mostra-se de grande relevância, à medida que se leva em consideração que a prática de assédio moral tem trazido diversos problemas de ordem psicológica à vítima de tal prática, problemas que por diversas vezes fazem com que a pessoa não mais retorne ao trabalho, já que durante o serviço, diversas vezes o servidor desconhece que trata-se um problema que pode ser levado ao Judiciário, e este se encarregará de reduzi-lo ou mesmo extingui-lo.

O presente artigo apresenta considerações iniciais sobre o assédio moral coletivo, descrevendo sua evolução histórica, seu conceito e características, a etimologia do termo, em seguida apresenta a opinião e entendimento atual do termo na visão jurídica e social, para depois discutir se os trabalhadores alvo de assédio moral formam um grupo vulnerável, em caso positivo, discutir quais políticas públicas seriam apresentadas para reduzir ou erradicar essa condição de vulnerabilidade.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê, autoriza e legitima uma discriminação positiva, “caracterizada pelo tratamento preferencial incidente sobre uma minoria desigualada, destacada e marginalizada do restante da sociedade, por uma minoria dominante”. (BASTOS, 2011, p. 47). Teoria que muito bem se verifica, pela

doutrina, na máxima constitucional aplicada no art. 5º caput da constituição: “tratar os iguais igualmente e o desiguais desigualmente na medida em que se desigualem”.

Noutras palavras, impõe-se, de forma imperativa, o respeito à minoria reconhecida, estando aí a força de minoria, agora considerada dominante, porém, tudo com esteio em ideais morais e éticos legítimos por estar em consonância aos anseios sociais e objetivos do Estado.

Passa-se, a seguir, a corroborar as características que identificam estas minorias, bem como constatar se enquadram na condição de vulnerável, além de fundamentar a razão de ações afirmativas para salvaguardá-las.

O supracitado artigo ainda se propõe a analisar as conseqüências do assédio moral coletivo sobre a saúde física e mental dos trabalhadores, por fim, serão abordados os aspectos processuais do dano moral coletivos no que tange a competência processual, análise e quantificação, reparação, responsabilidades e espécies de dano moral coletivo e ônus da prova.

Metodologicamente, se fará a seleção/leitura bibliográfica, levantamento de dados primários e secundário no Judiciário trabalhista e a análise com base nos referenciais teóricos de autores como Hirigoyen (2005), Bouquillon (2010), Lima (2003), Barreto (2003) e Schmidt (2002). cuja hipótese é que a implementação de políticas públicas e a atuação do Judiciário trabalhista no enfrentamento do assédio moral coletivo poderá encurtar a distância que separa o Judiciário dos trabalhadores e de seus direitos, oferecendo serviços e desenvolvendo ações que favorecem o usufruto de direitos, a resolução de conflitos, a minimização da exclusão social e o exercício da cidadania dos trabalhadores.

## **2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ASSÉDIO MORAL**

Historicamente, a prática do assédio moral surgiu com o próprio trabalho, podendo ser observado onde há superiores e subordinados. Os dados empíricos nacionais e mundiais revelam a oportunidade da discussão sobre o assédio moral (HIRIGOYEN, 2005), principalmente a necessidade de se preservar a saúde mental dos trabalhadores, um dos valores ínsitos à própria dignidade da

pessoa humana, princípio sobre o qual se fundam os ordenamentos democráticos modernos.

Porém, este fenômeno social deve ser analisado com cautela no tocante à sua caracterização jurídica (SCHMIDT, 2002). Pois, a natureza psicológica do dano causado com o assédio moral, que é provocado por uma conduta prolongada no tempo e que tenha por resultado a criação de uma doença psíquico-emocional, deve ser diagnosticada tecnicamente por médico ou especialista na área psicológica, capaz de verificar o dano e o nexos causal relacionado ao meio ambiente do trabalho (BOUQUILLON, 2010).

O assédio moral tem se tornado cada vez mais comum nas relações de trabalho, caracterizando-se como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, não sexual e não racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento (SCHMIDT, 2002). Ou toda e qualquer conduta abusiva que se manifesta, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2005).

O assédio moral é um fenômeno social grave que necessita ser amplamente divulgado e combatido, pois todo trabalhador tem o direito de exercer seu labor num ambiente sadio em que haja respeito e compreensão, não sendo permitidas práticas vexatórias que constringam, principalmente, o trabalhador, tornando o mesmo mais propício a desencadear psicopatologias. Para tanto, alguns países já estabeleceram normatização trabalhista específica, visando coibir o assédio moral no ambiente laboral, o que não se verifica no ordenamento brasileiro, havendo apenas algumas propostas de lei federal em andamento.

Inicialmente, o fenômeno social do assédio moral – conhecido também como *psicoterror* ou *mobbing* – foi identificado pelo psicólogo alemão, naturalizado sueco Hey Leyman. Os estudos de Leyman foram realizados na Suécia, onde constatou que para se caracterizar o assédio moral era preciso que este ocorresse com certa frequência. Em 1988, a psiquiatra francesa Marie-Francie Hirigoyen publicou *Le Harcelement moral: La violence perverse du contien*, onde caracterizou e conceituou o assédio moral.

Na década de 1990 foi inserida na Suécia a matéria “assédio moral” como disciplina de estudo na cadeira de psicologia do trabalho. E, em 1993, foi editada uma Ordenação do Conselho Nacional Sueco de Saúde e Segurança Ocupacional que contém medidas de prevenção contra o assédio moral no trabalho. Em Portugal há apenas o projeto de lei nº 252/VIII de Junho de 2000, que define o assédio moral, identifica suas características e impõe sanções a seus praticantes. Na França, por sua vez, existe desde o ano de 2002 uma lei específica – lei nº 2002-73 de 17 de Janeiro de 2002 –, que dispõe sobre o assédio moral no trabalho. No Brasil, só atualmente o tema vem demonstrando interesse, sendo objeto de estudo científico.

Contudo, em qualquer lugar do mundo, o assédio moral possui as mesmas características e objetivos, ou seja, um conjunto de atos contínuos e constantes que visam principalmente humilhar a vítima, golpear a sua autoestima, colocá-la em situação constrangedora, vexatória, incômoda com o objetivo de afastá-la do ambiente de trabalho, ocasionando assim sérios riscos à saúde física e psicológica da vítima (GUEDES, 2005). Ele pode ocorrer de duas formas: 1) o assédio moral horizontal, que ocorre entre profissionais de mesma hierarquia; e 2) o assédio moral vertical, que ocorre entre um empregado de maior hierarquia e um empregado de menor hierarquia.

Juridicamente, o assédio moral pode ser considerado, segundo Schmidt (2002), como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, não sexual e não racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento.

Na maioria das vezes, para tornar o assédio moral num fato jurídico é preciso que seja realizada perícia médica, por um profissional especializado na área, para que ele possa, de maneira minuciosa, estabelecer a relação entre o trabalho realizado e a aquisição da doença depressiva, averiguando para tanto, como é a organização no ambiente, as condições e os meios em que o trabalho é desempenhado, bem como o quadro de agravamento da doença. Além de obter uma análise se houve algum constrangimento – assédio moral – devendo o perito coletar o depoimento de testemunhas, dentre outras medidas (SCHMIDT, 2002).



Para a Psiquiatra Marie-Francie Hirigoyen (2010, p.65), o assédio moral:

[...] é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o meio ambiente de trabalho.

E acrescenta ainda que,

Trata-se de um fenômeno circular. De nada serve, então, procurar que está na origem do conflito. Até mesmo as razões são esquecidas. Uma sequência de comportamentos deliberados por parte do agressor destina-se a desencadear a ansiedade da vítima, o que provoca nela uma atitude defensiva, que é, por sua vez, geradora de novas agressões. Depois de certo tempo de evolução do conflito, surgem fenômenos de fobia recíproca: ao ver a pessoa que ele detesta, surge no perseguidor uma raiva fria, desencadeia-se na vítima uma reação de medo. É um reflexo condicionado agressivo ou defensivo (HIRIGOYEN, 2010, p.67).

Portanto, o que caracterizará o assédio moral é a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias, onde predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um subordinado, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a Organização (SILVA, 2005).

Assim, uma atitude esporádica não caracteriza o assédio moral, ou seja, uma humilhação isolada não quer dizer que está caracterizado o assédio moral. Para que possa existir terá que ser uma prática contínua, constante ou diariamente, onde o empregador ou qualquer que seja o sujeito ativo do assédio moral mune-se de práticas que visam degradar, humilhar, destruindo o dia de trabalho da vítima, desmotivando-a à realização eficaz do trabalho (HIRIGOYEN, 2010).

É nesse sentido que Schmidt (2001, p. 177) afirma que “o termo assédio evoca a ideia de repetição, de pequenos fatos que, isoladamente considerados, poderiam parecer inofensivos. O que importa para a caracterização do assédio é a forma repetida e sistemática da agressão”. Assim, alguns elementos necessários para a caracterização do assédio moral são: a) a repetição das condutas ou maneiras de agir; b) que essas condutas ou maneira de agir resultem na degradação das condições de trabalho; que a prática possa trazer consequências à situação pessoal do empregado, atentando contra sua dignidade, sua saúde física ou mental, ou comprometendo seu futuro profissional (BOUQUILLON, 2010).

A organização e condições de trabalho, assim como as relações entre os trabalhadores, condicionam em grande parte a qualidade de vida. O que acontece dentro das empresas é fundamental para a democracia e os direitos humanos. Portanto, lutar contra o assédio moral no trabalho é contribuir com o exercício concreto e pessoal de todas as liberdades fundamentais (AGUIAR, 2014).

Uma forte estratégia do agressor na prática do assédio moral é escolher a vítima e isolá-la do grupo. Neste caso concreto, foi exatamente o que ocorreu com o autor, sendo confinado em uma sala, sem ser-lhe atribuída qualquer tarefa, por longo período, existindo grande repercussão em sua saúde tendo em vista os danos psíquicos por que passou. Os elementos contidos nos autos conduzem, inexoravelmente, à conclusão de que se encontra caracterizado o fenômeno denominado assédio moral (BARROS, 2008).

### **3 O ENTENDIMENTO HODIERNO DO ASSÉDIO MORAL**

Atualmente, a violência aos trabalhadores e trabalhadoras por meio do assédio moral parece ser uma marca mais explícita que se estabelecem dentro do ambiente de trabalho nas relações trabalhistas atuais (BARRETO, 2003). O assédio moral coletivo não é um tema novo na seara trabalhista, pois nasceu com o próprio trabalho, uma vez que os obreiros sempre sofreram com discriminações e maus tratos de seus empregadores.

O assédio moral ou constrangimento ilegal tem se tornado uma prática comum nas relações de trabalho, em que o empregador

utiliza-se de métodos humilhantes com o fim de diminuir a vítima antes de demiti-lo, ou, antes que o próprio empregado se demita por não suportar mais as situações de humilhações constantes (CARVALHO, 2006). São práticas ilegais no mundo do trabalho, mas, que ocorrem cotidianamente em empresas privadas, onde o empregador possui o poder de mando e decisão, podendo humilhar, constranger, usurpar, maltratar, explorar e até demitir o empregado em função de qualquer reação de inquietude ao assédio moral.

Geralmente, o assédio moral ou constrangimento ilegal implica em desequilíbrio nas relações interpessoais, centrando-se no abuso de poder, em ameaças e ações desrespeitosas, que ferem a dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho (CASTRO, 2014). Trata-se de uma violência que pode se apresentar como uma situação pontual ou de forma sistemática, como no assédio moral coletivo. Ambas as formas podem causar ou contribuir com várias psicopatologias, doenças psicossomáticas ou distúrbios de comportamento, conforme estudos divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de graves danos à dignidade do trabalhador.

Empiricamente, têm-se relatos a respeito de situações de humilhação, abusos de poder, constrangimentos e assédio sexual em ambientes de trabalho, tanto no setor público, quanto privado. Algumas situações de humilhação sofridas nas empresas estão ligadas à condição social, à emotividade, à escolaridade ou ao gênero dos trabalhadores. Desse modo caracteriza-se como um *fato social* na concepção de Émile Durkheim (1858 – 1917), cujo estudo jurídico pode revelar a dimensão dos danos à dignidade dos trabalhadores pelo assédio moral coletivo no mundo do trabalho. Sob esta perspectiva será possível compreender até que ponto a legislação trabalhista não é garantia de proteção integral aos trabalhadores, na medida em que enfrentar uma situação abusiva vertical, cometida por um superior hierárquico, pode gerar punição ou demissão.

O assédio moral coletivo ocorre normalmente de forma silenciosa e é mais de superior hierárquico para inferior hierárquico – forma vertical – do que entre colaterais – forma horizontal. Ele surge de uma patologia organizacional e tende a aumentar por causa da precariedade de emprego e do modo de organização da produção que não é eficiente diante à concorrência.

Até então, não há prova científica para explicar, definitivamente, qual a relação entre as causas e as consequências que produzem o assédio moral coletivo no mundo do trabalho. Porém, alguns fatores servem como referências, já que não existe dúvida de que o assédio moral coletivo pode ser prevenido e desmontado antes que a vítima tenha prejuízos a sua saúde, ou seja, ele pode se manifestar, mais também pode ser desmontado e se não o for é porque foi um problema organizacional.

A prática do assédio moral coletivo é uma forma de tratar os trabalhadores não como sujeitos e sim como objetos – ou coisificação dos trabalhadores –, fazendo com que não se sintam reconhecidos e valorizados por seus trabalhos nem tratados com dignidade e respeito. Isto decorre de um desvio no exercício do poder nas relações de trabalho, criando ao trabalhador um ambiente hostil e desestabilizante, cujo medo do desemprego, o torna dócil e menos reivindicativo.

Assim, se entende que com o conhecer e reconhecer os direitos e os deveres trabalhistas pode-se construir um meio de evitar ou contornar situações violentas de exploração, onde não haja espaço para o assédio moral coletivo e se assegure a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente na condição de trabalhador.

#### **4 CONSEQÜÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL COLETIVO**

A prática de assédio moral coletivo traz muitas conseqüências à saúde das vítimas. Tais conseqüências recaem sobre a saúde física e psicológica das mesmas, impedindo-as muitas vezes de retornarem às suas atividades, como podemos vislumbrar nos próximos parágrafos.

O estresse é uma das doenças que atinge o trabalhador vítima de assédio moral. Trata-se de uma doença que desequilibra as emoções do trabalhador. Para Marcelo Rodrigues Prata “O estresse é um desequilíbrio das energias do indivíduo, causador de uma porção de debilidades. Estar estressado, portanto, é estar desequilibrado. (PRATA, 2008, p. 390).

O estresse apresenta também alguns sinais desagradáveis à saúde da pessoa como “palpitações, irritabilidade, sensações de opressão, de falta de ar, fadiga, perturbações do sono, nervosismo,

dores de cabeça, perturbações digestivas, dores abdominais, bem como manifestações psíquicas, como ansiedade” (PRATA, 2008, p. 393). Marcelo Prata também nesse sentido:

O estresse deixa o indivíduo irritado, impaciente, ansioso, deprimido, explosivo e impulsivo. Ele não tem serenidade para enxergar os problemas em sua exata dimensão, tudo parece uma tragédia. A capacidade de avaliação e resolução dos problemas fica diminuída. A sensação é de que todos conspiram para dificultar-lhe a vida (PRATA, 2008, p. 390).

O estresse também é capaz de agravar doenças já existentes. Uma pessoa que porventura tenha uma saúde frágil é possível que esta vem se agravar grandiosamente por conta do estresse. Assim, BERNIK apud MARCELO PRATA explica que:

O estresse pode ser causador e/ou agravador de uma série de doenças, que vão da asma às doenças dermatológicas, passando pelas alérgicas e imunológicas; todas elas relacionadas de alguma forma à ativação excessiva e prolongada do eixo hipotálamo-hipófise-adrenal. Na área do sistema digestivo, é sabido por todos que o estresse pode desencadear desde uma simples gastrite, até uma úlcera. [...] Mas, é principalmente a nível de coração, ou mais precisamente, a nível de coronárias, que o estresse pode ser um matador silencioso. Uma ativação repetida e crônica do sistema nervoso autônomo, numa pessoa que já tenha problemas de lesão da camada interna das artérias coronárias (aterosclerose), provocadas por fumo, gordura excessiva na alimentação, obesidade e colesterol elevado, etc., vai levar a muitos problemas [...] No campo clínico (somático) ou distúrbios ainda ditos “neuro-vegetativos” são comuns: quadro de astenia (sensação de fraqueza e fadiga), tensão muscular elevada com câimbras e formação de fibragias musculares (nódulos dolorosos nos músculos dos ombros e das costas, por exemplo), tremores, sudorese (suor intenso), cefaléias tensionais (dores de cabeça provocadas pela tensão psíquica) e enxaqueca, lombalgias e braquialgias (dores nas costas e nos ombros e braços), hipertensão arterial, palpitações e batadeiras, dores pré-cordiais, colopatias (distúrbios da absorção e da contração do intestino grosso) e até dores urinárias sem sinais de infecção (PRATA, 2008, p. 394).

Assim sendo, doenças que anteriormente não existiam podem passar a existir por conta do estresse, bem como as doenças já existentes podem ser agravadas.

A depressão é uma doença que atinge diversas pessoas. A pessoa que possui depressão não sente desejo de estar no meio social, isola-se, apresenta desânimo, cansaço. Há pessoas que já apresentam predisposição à depressão. Para Marcelo Prata:

A depressão é uma tristeza que se prolonga no tempo, às vezes por toda a vida, e nem sempre tem causa definida. Há pessoas geneticamente predispostas à depressão. Os seus sintomas são o desânimo, o cansaço, a prostração, a insônia, a vontade de isolar-se. As diversões prediletas perdem interesse. Há aumento ou diminuição de apetite. Abuso de álcool ou drogas. A depressão provoca redução do desejo sexual. A vida não tem mais sentido. Nenhum esforço parece conduzir a um resultado satisfatório. Nos casos mais graves há pensamentos recorrentes de suicídio (PRATA, 2008, p. 373).

A pessoa com depressão, como se pode observar perde o interesse por tudo que diz respeito à sua vida, ou melhor, perde interesse pela própria vida, ocorrendo muitas vezes o desejo de suicidar-se ou até mesmo a concretização desse desejo.

A pessoa vítima de assédio moral sofre humilhações constantes, maus-tratos o que leva à depressão. A auto-estima da pessoa baixa consideravelmente. Como bem coloca Marcelo Prata “o sentimento de culpa, a vergonha pelos erros que foi induzida a cometer, os comentários maliciosos, as punições efetivas, a desilusão com os amigos e parentes que não lhe deram apoio no momento em que mais precisava” (PRATA, 2008, p. 373), são sentimentos que podem ocasionar a depressão.

A vítima de assédio moral pode também apresentar grande ansiedade. Isso ocorre, por exemplo, devido à imensas tarefas que seu superior lhe atribui. Tarefas com pequeno espaço de tempo para serem executadas, além disso há a vigilância a que é exposto. É nesse sentido que dispõe Marcelo Prata:

No caso do assédio moral no trabalho, faz parte da degradação do ambiente laboral o estratagemas de deixar a vítima ansiosa. A atribuição constante de novas tarefas, o volume irracional de trabalho, a pressão implacável sobre resultados, são métodos eficazes para gerar ansiedade no acochado (PRATA, 2008, p. 371).

As consequências disso para o corpo é que pode ocorrer taquicardia, sudorese, boca seca, aumento da pressão da arterial, insônia, distúrbios alimentares e gastrintestinais, além de outros problemas à saúde da pessoa.

O temor por uma punição por “algo que tenha feito”, causa ansiedade na pessoa. A vítima, porém cria seus próprios métodos para aliviar a ansiedade. Vale dizer que esses métodos, na maioria das vezes, só agravam sua situação. A esse respeito Marcelo Prata afirma:

Nesses casos, conscientemente ou não, a vítima tenta encontrar uma alguma fórmula que lhe alivie o sofrimento causado pela ansiedade. A Alimentação excessiva, o álcool são os lenitivos mais comuns. Eles, porém, acarretam novos problemas de saúde e de rendimento profissional, a piorar uma situação por si só bastante delicada... O uso do meio de desafogo é rotulado pelos acusadores – e até pelas pessoas queridas do sujeito passivo – como fraqueza, defeito de caráter. A sensação é como se o sujeito passivo do assédio moral houvesse entrado no escuro *Labirinto de Creta*. No centro deste há o *Minotauro* devorador, o tempo ocorre contra ela, urge encontrar uma saída mas só se depara com caminhos falsos. (PRATA, 2008, p. 357).

O assediado entra em dúvida quando não entende o porquê das atitudes que o agressor tem para com ele, ou seja, tentam encontrar uma razão para justificar a atitude do agressor. Muitas vezes chegam até mesmo a pensar que realmente tenha feito alguma coisa, afinal, se o agressor está irritado com ele “é por que deve ter feito algo errado”. A psicóloga Marie-France Hirigoyen explica que:

[...] As vítimas tentam inutilmente compreender e explicar-se. Buscam razões para o que lhes acontece e, não conseguindo encontrá-las, tornam-se permanentemente irritadiças ou agressivas, perguntando-se a todo instante: “Que foi que eu fiz para que ele (a) me trate assim? Será que tem alguma razão para isso?” Buscam explicações lógicas, porém tal processo é autônomo, nada tem a ver com elas. Elas dizem muitas vezes a seu agressor: “diga o que é que você tem a me censurar, o que é que tenho a fazer para que nossa relação melhore!”, e este responde imutavelmente: “Não há nada a dizer, é assim! De qualquer modo, você não entende nada mesmo!” A impotência é pior das condenações (HIRIGOYEN, 2005, p. 171-172).

Nessas situações o assediado fica numa situação complicada, uma vez que não sabe como reagir e o que fazer nessas situações. Harald Ege *apud* Marcelo Prata dispõe que:

Além de torturar-se perguntando: “O que foi que eu fiz?”, normalmente, é perseguido por uma porção de outros autoquestionamentos: “**talvez eu tenha respondido da maneira errada**”, “**talvez eu tenha sido rude**”, “**eu não entendi exatamente o que eu deveria fazer**”. Ou também problemas pessoais preexistentes podem levar a culpa: “**eu estava nervoso por causa da minha esposa, filhos, carro que quebrou, conta do telefone**”, etc. . *grifo nosso* (PRATA, 2008, p. 372).

Outra conseqüência que pode advir do assédio moral é o isolamento. Inicialmente, o agressor isola a vítima de tudo, posteriormente o próprio assediado faz isso. Vale ressaltar que além de se isolar das pessoas no seu ambiente de trabalho, há também um isolamento no próprio seio familiar. A esse respeito dispõe Marcelo Prata:

A solidão, como se não bastasse, não fica restrita ao ambiente de trabalho, no **núcleo familiar** e nas relações com os amigos a vítima também fica isolada, como conseqüência da alteração de sua atitude, ou seja, em decorrência da perseguição no trabalho, ela se torna *lamurienta, irritadiça e depressiva*, afugentando a companhia dos demais ou neles provocando reações agressivas. *grifo nosso* (PRATA, 2008, p. 359).

## 5 ASPECTOS PROCESSUAIS DO ASSÉDIO MORAL COLETIVO

No que concerne à competência para apreciar e julgar os casos de assédio moral cumpre-nos aqui primeiramente analisar o art. 114, I da Constituição Federal. Referidos dispositivos tiveram mudada a sua redação com o advento da EC n° 45/2004 para a seguinte:

Art.114. Compete à justiça do trabalho processar e julgar:

I - As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público direta e indireta da União, dos Estados, dos Distrito Federal e dos Municípios.



Ante o exposto pode-se afirmar que a justiça do trabalho é competente para apreciar casos de assédio moral em face de empregado que opera em regime celetista.

Já os danos ocasionados à vítima de assédio moral coletivo, podem ser de ordem moral ou material, cabendo em qualquer dos casos a sua reparação.

Os danos morais podem ser os mais diversos, haja vista que o terror psicológico a que é submetido a vítima podem ser diversos: a auto-estima do empregado pode cair de uma forma devastadora, pode também ser atacado das mais diversas doenças psicológicas, muitas vezes irreversíveis, pode ocorrer depressão, insônia, distúrbios, dentre outras.

Como exemplo pode-se citar um grupo de empregadas que pede demissão, devido o empregador tê-las obrigado a revistas íntimas, diárias, na entrada e na saída do local de trabalho, no caso em tela vê-se, que a situação vexatória prejudicaria física e mentalmente o saúde do grupo (vulnerável) de mulheres.

No que concerne, todavia, ao dano de natureza material podem ser destacados os **danos emergentes**, que se refere ao que as vítimas efetivamente perderam, como o que ocorre no caso das vítimas de assédio moral que ficam enfermas e tem arcar com as despesas do tratamento médico. Para Marcelo Prata:

*O harcèlement moral* quase sempre, acarreta distúrbios psicológicos e psicossomáticos, cujo tratamento implica gastos relevantes, considerando que a rede pública de saúde não oferece amplo tratamento psicológico satisfatório. As despesas com o tratamento médico das eventuais lesões físicas incluirão, entre outras, gastos com ambulância, radiografias, aparelhos ortopédicos, exames de laboratório, etc. (PRATA, 2008, p. 523).

Notadamente que as vítimas de assédio moral coletivo fazem juz à reparação pelos chamados danos emergentes. Se as mesmas despenderam recursos financeiros com tratamentos médicos, por causa de doenças ocasionadas pela situação a que era constantemente exposto, a reparação por esses danos é inegável.

Há que se fazer referência também aos **lucros cessantes**, que se refere ao que a vítima deixou de ganhar, como por exemplo: o

empregado que pediu demissão por ser assediado, deixando assim de receber seu salário.

No campo do direito civil, uma pessoa que sofre um dano tem direito obter a reparação pelo que sofreu. Não é diferente com a vítima de assédio moral coletivo, haja vista que os danos que as mesmas vêm a sofrer são diversos, como já tratados anteriormente. Seja o dano material ou moral, as vítimas fazem jus às respectivas indenizações.

O direito à indenização é assegurado pela Constituição Federal no seu artigo 5º, V e X que dispõe que:

Art.5º...

...

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua indenização.

Com base nesses dispositivos cabe afirmar que ao ofendido cabe pleitear a sua indenização. É certo que a realização profissional, o sucesso é mais relevante do que o dinheiro que porventura venha se conseguir com uma indenização. A indenização, aqui teria mais um caráter punitivo e pedagógico para o agressor. O ofendido, por sua vez, não terá com a indenização sua paz, e talvez não mais a saúde, pois como já foi dito o assédio pode provocar problemas emocionais ou psicológicos muitas vezes irreversíveis.

As indagações que podem surgir, porém é: Será que o assediado conseguirá retomar suas atividades tidas como normais? Estará preparado emocionalmente? É sabido que o assédio moral se caracteriza por uma conduta contínua que perdura no tempo. Não é uma humilhação realizada algumas vezes, por um tempo insignificante que vai caracterizar o assédio moral. É muito grande o tempo que o assediado é exposto a situações humilhantes, o que faz com que diversas vezes se impossibilite de ter a mesma produção de antes.

Quanto à fixação do valor da indenização, deverá ser levado em conta o que a vítima efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que deixou de ganhar (lucros cessantes).

Além disso, várias peculiaridades devem ser levadas em conta. De acordo com o caso concreto, deve-se fazer incidir certos informadores próprios da quantificação do dano moral em geral, seja em função da natureza e da função da reparação.

Assim sendo o magistrado no momento de fixar o *quantum* da indenização levará em consideração cada peculiaridade do caso concreto.

Para Marcelo Prata a fixação da indenização se fará mediante o livre arbítrio do magistrado. Assim, o juiz deverá agir com muita cautela, prudência e equilíbrio a fim de que possa proferir uma decisão justa para ambas as partes, impedindo que haja um enriquecimento ilícito por parte da vítima, e que o agressor saia impune tendo em vista o valor irrisório a que foi submetido a pagar. A esse respeito Sílvia Rodrigues dispõe que:

Examinando o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não do seguro, o grau da culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por uma regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto. (RODRIGUES, 2002, p.34).

Na prática do assédio moral contra o empregado pode surgir o que se chama de responsabilidade.

A responsabilidade do assediador pode se dar tanto na esfera civil, como é o caso da indenização por danos morais e materiais, quanto na esfera trabalhista no caso de indenização por dano moral oriundo da relação de trabalho.

Tanto na esfera cível como na esfera trabalhista a responsabilidade do empregador é subjetiva, ou seja, depende de dolo ou culpa. Nesse sentido dispõe o art. 37, §6º, da Constituição Federal:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como o próprio dispositivo menciona, a responsabilidade recai sobre as pessoas jurídicas de direito público, que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independente de suas atividades. Essa responsabilidade também alcança as pessoas jurídicas de direito privado, a saber: as empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestem serviços públicos. Assim sendo, a responsabilidade objetiva não pode alcançar as empresas públicas e/ou sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, bem como não podem alcançar o empregador da iniciativa privada.

Provar o assédio moral coletivo não é uma tarefa fácil, principalmente quando o agressor realiza suas investidas de forma verbal ou por meio de atitudes. Haja vista como matéria de defesa o agressor não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo o mesmo usar como tese a negativa da agressão, ao passo que suas testemunhas, via de regra, são trabalhadores que se relacionam diariamente com o assediador e temem por seus empregos, e geralmente temem por eventuais represálias.

Por outro lado, com base nos princípios: da proteção, verdade real e in dúbio pro operário, os magistrados, têm aceitado que em matéria de direito coletivo as testemunhas podem ser as próprias vítimas do assédio moral coletivo.

Sem falar que o interrogatório das vítimas é um meio apto a se provar o assédio moral coletivo, embora não seja o único. Ninguém mais que as vítimas sabem com riqueza de detalhes as situações a que eram expostas diariamente. Somente as vítimas podem descrever as torturas psicológicas a que eram expostos. Por diversas vezes esses atos passam despercebidos pelos colegas que podem até considerá-lo algo normal. Por esse motivo é que o interrogatório é de grande relevância.

Pode ser citado, ainda como exemplo de provas a serem utilizados, bilhetes e mensagens eletrônicas, vídeos. Mesmo ante a discussão a respeito da validade das gravações telefônicas e

ambientais, é possível também a sua realização. O ônus da prova incumbe a quem alega, ou seja, às vítimas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como o exposto se percebe e se constata que o assédio moral coletivo trata de uma conduta grave que prejudica a saúde e também desempenho na relação de trabalho, é uma fato social e merece discussão jurídica, mais comumente nas relações de emprego, como forma de oprimir os empregados até que este peça sua demissão ou fique configurado um pedido de demissão.

Cabe ainda dizer que a moderna organização do trabalho ainda que não seja a única causa de prática do assédio moral coletivo no trabalho contribui significativamente para esse fenômeno, pois para se adequar a produtividade e competitividade do mercado globalizado, a empresa tende a exigir do trabalhador uma maior capacidade de resistência às pressões e mais qualificação técnico-profissional, sob pena dos trabalhadores, perderem o posto de trabalho.

Este artigo estabeleceu que para o assédio moral coletivo ser caracterizado com tal, devem estar presentes a habitualidade, a repetitividade das ofensas dirigidas às vítimas, visando a desestruturação, para que a ofensa não seja confundida com danos morais e/ou materiais.

As vítimas são acometidas de diversos problemas em decorrência do assédio moral, problemas físicos ou psicológicos. Os empregados, porém vítimas de tais práticas podem recorrer ao judiciário e pôr fim a essa prática. Mesmo quando acometido de problema de saúde que o impede de retornar ao trabalho por conta do assédio sofrido, é possível ser indenizado pelas perdas que porventura teve, ou seja, o dano que sofreu deve ser ressarcido, responsabilizando o empregador pelos danos.

Sendo assim, não é mais possível ao Estado brasileiro a adoção de atuação neutra, quanto ao tema em questão, situação que gerou na última década o reconhecimento formal dos direitos das minorias, por outro lado, verifica-se que a ausência de política de identidade ou política de reconhecimento, dificilmente será superada a vulnerabilidade das minorias, pois, a discriminação dos excluídos

que encontra raízes profundas na ausência de participação efetiva e igualitária da atuação política.

Em razão disso, a condição de vulnerável nas minorias não adequadamente representadas. Salienta, no entanto, que “grupo vulnerável” e “minorias” não são termos sinônimos, embora possam coincidir nas situações de precariedade de direitos e recurso. O primeiro está ligado exclusivamente à esta precariedade, cuja identificação se dá pela verificação da densidade da incidência dos direitos humanos, não dependendo que qualquer outro elemento. Já no o segundo, além de ser considerar o elemento numericamente inferior, obrigatoriamente está relacionado à autodefinição seus membros para preservar culturas e tradições.

Observou-se ainda que o assédio moral coletivo é visto por alguns empregados como algo comum, a ponto de alguns empregados não reagirem contra o empregador, alguns por medo de perder o emprego, ante a necessidade de subsistência familiar.

Tal assédio pode ocorrer por meio de apelidos maldosos, especulações sobre a opção sexual dos trabalhadores, diminuição das suas atribuições como forma de menosprezo pelo trabalho, ou falta de atenção pelo empregador frente aos anseios dos empregados, dentre outras.

Produzindo várias conseqüências à saúde física e mental do trabalhador como, por exemplo: cansaço físico, dores de cabeça constantes, aumento da pressão arterial, estresse, depressão, ansiedade, dúvidas, confusão mental e desejo de vingança.

Contudo há a possibilidade de tutela jurisdicional especializada, por meio da justiça do trabalho, uma vez que existem diplomas legais como leis infraconstitucionais, súmulas de tribunais superiores e ainda a carta magna que tutelam tal direito. Vale ressaltar as entidades e órgãos que podem combater o assédio moral coletivo, a saber: a Justiça do Trabalho (órgão do judiciário) Ministério do Trabalho (órgão do executivo) e Ministério Público do Trabalho (órgão do Ministério Público).

Por derradeiro, percebeu-se que o número de políticas públicas realizadas pelos sindicatos em face do assédio moral coletivo ainda são tímidas. O que se explica pelo desconhecimento da caracterização dessa espécie de dano causado ao trabalhador, como forma de reduzir tal desconhecimento propõe-se que ao Poder

Executivo por meio do Ministério do Trabalho e Emprego que crie políticas de informação sobre o dano moral coletivo, tal proposta também serve como forma de elucidação da temática juntos as esferas: estaduais e municipais via secretaria do trabalho.

Junto ao Poder Judiciário, propõe-se a realização de campanhas educativas nos fóruns do trabalho juntamente com a ministração de cursos de capacitação aos magistrados e demais servidores da justiça quanto ao assunto como forma de enfrentamento direto ao assédio moral coletivo, oferecendo serviços e desenvolvendo ações que favorecem o usufruto de direitos, a resolução de conflitos, a minimização da exclusão social e o exercício da cidadania dos trabalhadores.

Quanto ao Poder legislativo, propõe-se a criação de lei a fim de se estabelecer critérios mais objetivos de caracterização do dano, tipificação da conduta e formas de combate ao dano moral coletivo e por fim cabe destacar que a atuação dos três poderes não suprime a participação do Ministério Público do Trabalho - MPT, *custos legis*, cabendo este fiscalizar, *in loco*, as instituições e aplicar normas de força cogente para que se garanta o respeito à dignidade do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, André Luiz Souza. Assédio moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

AGUIAR, Antonio Carlos. Assédio moral e sua prevenção. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 31, n. 1510, p. 3-9, jan. 2014.

AMORIM SILVA, Larissa Kellen. **Depressão como doença do trabalho**. Disponível em: <<<http://www.marcosinacio.adv.br/artigos.php?id=57>>>. Acesso em: 25 maio 2015.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: Elaboração de trabalhos na graduação. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ARANHA, Marina Camargo. Assédio moral. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 31, n. 1529, p. 15, maio, 2014.

BARBOSA DA SILVA, Manoel Jorge. Direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, livre de assédio moral. **Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia**. n. 3. Salvador, 2008, p. 195.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. Assédio moral no trabalho: responsabilidade do empregador: perguntas e respostas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: Uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003.

BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio moral**: análise sob a luz dos aspectos configurativos e probatórios deste fenômeno social. Revista de direito do trabalho.n.129.ano.34. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOUQUILLON apud GOSDAL, Thereza Cristina. **Saúde mental e assédio moral no trabalho**. Palestra proferida no Simpósio Meio Ambiente do Trabalho Propício, promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, de 9 a 10 de junho de 2010, em Pato Branco, PR.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULLYING; Whistleblowing. In: THE MOBBING ENCYCLOPAEDIA. Suécia, 2000. Disponível em: <[www.leymann.se](http://www.leymann.se)>. Acesso em: 02 jul.2015.

CARVALHO, Messias. Assédio moral/mobbing: breves considerações. In: MADEIRA, Auta (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr: Jutra, 2006. p. 261-286.

CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. *O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Paulo Cezar; GRANJA, Cícero Alexandre. Assédio moral no trabalho e a consequente violação da dignidade da pessoa humana. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; De Pietro, Josilene Hernandes Ortolan. *Panorama da pesquisa em direito IV*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

FRANÇA, Robert Wagner. Avaliação de desempenho como instrumento de prevenção ao assédio moral. *Revista de estudos e informações*, n. 36, p. 53-54, ago. 2014.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kühner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

JUST WHAT IS MOBBING. Itália, 2003. Disponível em: <[www.mobbing-prima.it](http://www.mobbing-prima.it)>. Acesso em 10 ago. 2003.



LIMA, Francisco Meton Marques de. Direitos Humanos Fundamentais do trabalho – dano moral *in*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO, 2003, São Paulo. *Jornal do Congresso*, São Paulo: Ed. LTr, 2003. p. 21/22.

LIPPMANN, Ernesto. Assédio sexual nas relações de trabalho. 2. ed., atual. pelo novo Código Civil, com mais de 200 acórdãos. São Paulo: LTr, 2005.

MENEZES, Cláudio Armando Couce. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. Revista de direito do trabalho. n.108. ano 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Silvio Luis de. **Tratando de metodologia científica**. São Paulo SP. Pioneira Thomason Learning, 2002.

PEGO, Rafael Foresti. **Assédio moral e o dever de tolerância**. In: BARBOSA, Magno Luiz; BRITO, Cristiano Gomes (Org.). **Temas contemporâneos de direito empresarial do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 91- 97.

PEZZUTO RUFINO, Regina Célia. **Assédio moral no âmbito da empresa**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2007.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do Assédio Moral no Trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTR, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo. **Assédio moral e a responsabilidade civil empresarial**. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa et al. Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2015. Cap. 11, p. 116-122.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **O assédio moral no âmbito do direito do trabalho**. Revista de direito do trabalho. n. 10. ano 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **O Assédio Moral no Direito do Trabalho**. *Revista TRT 9ª Região*, Curitiba, n. 47, jan./jun. 2002, p. 177-226.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: EJ, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 18. jul.-dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição revista. Coimbra: Libreria Almedina Coimbra, 1993.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Teoria crítica no século XXI**. Org. Jessé Souza e Patrícia Mattos. São Paulo: Annablume, 2007. p.113-139.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº . 15, setembro/ outubro/ novembro, 2008. Disponível: < [http: / /www.direitodoestado.com.br/ rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)> . Acesso 29 jan. 2015.

BRASIL, Decreto Lei nº. 5.452 de 1º de Maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

# A PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

*João Francisco Toso*<sup>90</sup>

*Poliana Caroline Borges Mattos*<sup>91</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção de um documento escrito com a finalidade de institucionalizar um sistema preconcebido, atributo do Estado Moderno, é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII com a Revolução Francesa e a independência americana. (MENDES, 2014, p. 1008)

A partir dessa premissa o presente trabalho se propõe a apresentar noções sobre como surge e se desenvolve esse sistema para a ordenação e constituição do Estado, de forma a limitar o poder do estado assegurando direitos fundamentais e contemplando a separação entre os poderes do próprio Estado.

A noção de constitucionalismo remete a consecução da forma de Estado constitucional democrático. Concebido o fundamento

---

<sup>90</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Possui Especialização em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP; Professor no Curso de Direito na Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá, no Paraná; Co-líder do grupo de estudos *Direito & Literatura* (FCV); Integrante do *Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen)*, vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos; Mestrando no UniCesumar, Maringá, no Paraná.

<sup>91</sup> Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá, Paraná; Integrante do *Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen)*, vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos.

jurídico de validade identifica-se a constante tensão e recíproco condicionamento entre as dimensões real e jurídica da constituição, além da existência de fatores reais de poder, responsáveis pelo engendramento das regras que integram a constituição.

A constituição acaba por representar a expressão desses fatores reais de poder não olvidando que as relações sociais estão em constante movimento, demandando soluções diante dessa dinâmica inelutável. Apesar disso a constituição deve ser reconhecida como a expressão de valores que precisam ser preservados, a fim de evitar ataques de forma arbitrária seja ao Estado, seja aos direitos de seus cidadãos.

A norma constitucional contempla mecanismos de autopreservação e determinados núcleos intangíveis que não poderão experimentar pretensões revisoras. Em face dessas eventuais pretensões e diante dos mecanismos de controle de constitucionalidade, resulta do embate entre dois incontornáveis teóricos do direito público do início do século XX, Kelsen e Schmitt, a resposta a quem em última instância cabe a guarda da constituição.

Assim, tem o presente trabalho a pretensão de tratar de forma sucinta face às limitações que a estrutura de um artigo impõe dos referidos aspectos ora citados, de forma a compreender a defesa da constituição como meio de defesa do próprio Estado democrático.

## **2 NOÇÕES SOBRE CONSTITUCIONALISMO**

Antes de tudo é importante ressaltar que o termo Constitucionalismo pode ser empregado em sentidos diversos, ora como expressão de que todos os Estados têm uma Constituição e que essa independe do momento histórico, da forma adotada ou mesmo do regime político seguido (sentido amplo), ora representando uma técnica jurídica de proteção das liberdades, de forma a permitir aos cidadãos proteção contra arbitrariedades em governos totalitários (sentido estrito). (FACHIN, 2015, p. 35)

Embora haja entendimento no sentido de melhor se falar em diversos movimentos constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 51), adotaremos no presente artigo o termo Constitucionalismo em sentido estrito, classificado em antigo e moderno.

Segundo Gomes Canotilho o *Constitucionalismo antigo* é “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder” conceito esse apresentado em oposição ao *Constitucionalismo moderno* como sendo “o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Ainda segundo o referido autor é possível apresentarmos um conceito de Constitucionalismo moderno como sendo:

A teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representa uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 2003, p. 51)

O Constitucionalismo, em especial o moderno, podemos deduzir a partir da Teoria do Poder Constituinte<sup>92</sup>, entendida essa como uma teoria de legitimidade do poder e também de legitimidade do ordenamento jurídico, ou em outras palavras, o fundamento de validade da ordem jurídica.

Segundo a Teoria do Poder Constituinte, surgida em 1789 na França, entende-se por Estado<sup>93</sup> aqueles que se estruturam a partir de uma legislação escrita (codificada), sociedades que se organizam com textos constitucionais, com a previsão de separação de poderes e um elenco de garantias fundamentais, de forma a viabilizar a organização de Estado constitucional democrático. (FACHIN, 2015, p. 47 e segs)

---

<sup>92</sup> A expressão Teoria do Poder Constituinte refere-se a teoria de legitimidade do poder e teoria de legitimidade do ordenamento jurídico, ou em outras palavras, do fundamento de validade do ordenamento jurídico.

<sup>93</sup> Empregamos no presente artigo a noção de Estado no modelo conhecido do Ocidente.

Ainda quanto à apresentação de aspectos acerca do constitucionalismo importa ressaltar algumas transformações históricas apresentadas por essa forma de organização dos Estados, mediante a seguinte classificação, a saber, de um constitucionalismo liberal clássico, o democrático, o social, bem como outras formas de constitucionalismo, ainda em formação, entendendo nesse último certa relativização da soberania dos Estados. (FACHIN, 2015, p. 41 e segs)

Inspirado nos pensadores que influenciaram as revoluções francesas e norte-americana, conhecida como a “Era das Constituições”, o constitucionalismo liberal ou clássico foi marcado, em especial, pela necessidade de uma Constituição capaz de organizar o estado, bem como de limitar seus poderes políticos, tendo em vista a necessidade de observância dos direitos individuais das pessoas. Assim, a Constituição entendida como instrumento de governo de forma a expressar o pensamento liberal à época. (FACHIN, 2015, p. 41 e segs)

O problema desse período da concepção clássica do constitucionalismo estava na sua redução a um instrumento jurídico que atribuía poderes a órgãos estatais (executivo, legislativo e judiciário), e de forma concomitante declarava direitos e garantias individuais, nem sempre em contato com a realidade, mas muitas vezes divorciada da realidade.

Nesse sentido ressalta Paulo Bonavides quanto a Constituição (instrumento jurídico):

[...] se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder”, exprimindo tão somente “o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com indivíduo. (BONAVIDES, 2016, p. 94-95)

Nesse mesmo sentido a crítica já feita por Ferdinand Lassalle em conferencia proferida em 1862 em Berlim, acerca da essência da Constituição, identificando a mesma em duas dimensões, uma jurídica e outra política. Segundo a tese de Lassalle as questões constitucionais não são questões jurídicas mas sim questões políticas e que, a Constituição de um país nada mais seria que a expressão

das Relações de Poder dominantes nesse país em determinado momento.

Relações de Poder, ou também denominados fatores reais de poder, assim poderiam ser a identificados como o “poder militar, representado pelas forças armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital”. (HESSE, 1991, p. 9)

A tese sustentada por Lassalle, segundo Konrad Hesse, “parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidencia, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica.” (HESSE, 1991, p. 10)

Prossegue Konrad Hesse:

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto nas praxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade se submete à realidade fática. (HESSE, 1991, p. 10)

Curiosamente o cenário político brasileiro atual vem dando algumas (não poucas) demonstrações de que alguns fatores reais de poder vem procurando aplicar uma Constituição não propriamente escrita, e sem embargo de opiniões em sentido contrário, nem propriamente jurídica.

Não é por outra razão o emprego por Paulo Bonavides da terminologia sistema constitucional, “como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante.” (BONAVIDES, 2016, p. 95)

Nesse mesmo sentido acrescenta o citado autor:

Desde muito, sentia-se que o conceito de Constituição ministrado pela escola dos juristas liberais não atendia às exigências da constante evolução do direito público. Oferecia apenas uma explicação parcial do

ordenamento político, ao mesmo passo que ocultava, sob a superfície de seus conceitos, a parte mais rica, senão substancial, de uma realidade profunda, cuja corrente impetuosa guiava as instituições para fins e rumos não raro em contradição ou conflito com as disposições da Constituição formal. O texto dessa Constituição se esvaziava de significado; a Sociedade, caminhando com os próprios pés aumentava cada vez mais a distancia entre ela e o falso país constitucional, ou seja, não se dobrava aos devaneios de uma rigidez esterilmente preconcebida. (BONAVIDES, 2016, p. 95)

O constitucionalismo classificado como democrático, que surge no século XIX, por sua vez, contempla conteúdos como soberania popular, partidos políticos, sufrágio universal e instrumentos de democracia direta, adotando como pilares os valores da liberdade e da igualdade. (BONAVIDES, 2016, p. 42)

Quanto aos referidos valores acrescenta Norberto Bobbio:

Liberdade e igualdade são valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas possíveis definições de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. (BOBBIO, 2002, p. 8)

Embora seja fato que os valores adotados como fundamentos da democracia, segundo Norberto Bobbio, a liberdade e a igualdade, sejam metas absolutamente desejáveis, não se ignora que os indivíduos componentes dessa sociedade almejem, não raras vezes, metas em sentido oposto, acabando por ensejar, por força do exercício amplo e irrestrito do valor liberdade, aumento de desigualdade, via de regra sujeitando a parte mais fraca na relação negocial à parte mais forte, nas diversas modalidades de relações interpessoais.

Esse desequilíbrio resultante do exercício de forma ampla do valor da liberdade e em decorrência da hipotética igualdade entre as partes nas diversas relações negociais, que acaba por sujeitar invariavelmente a parte mais fraca ao jugo da parte mais forte, fato que propiciará um novo modelo de constitucionalismo, qual seja o social, o qual, preocupado com o princípio da igualdade, oportuniza o



desenvolvimento de um Estado mais voltado a proporcionar o bem-estar social às pessoas.<sup>94</sup>

Dessa forma, o século XX, influenciado por ideias sociais passaram a contemplar um elenco de direitos sociais, como meio de garantir o atendimento dessas necessidades, que foram se evidenciando no decorrer do tempo, recebendo impulsos a partir dos planos internacionais, em especial com a declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). (FACHIN, 2015, p. 43)

Assim, a adoção de uma codificação de sorte a estabelecer e regular limites ao exercício de poderes por parte do Estado, mediante a separação desses poderes (ou funções) públicos (legislativo, executivo e judiciário), bem como um elenco de garantias constitucionais, ficaria enfraquecida não houvesse igualmente a previsão de mecanismos de garantias da Constituição.

Acrescente-se a esses mecanismos de garantias da Constituição o fato de ainda haver a necessidade de contemplar instrumentos que viabilizem, harmonizem, conforme já mencionado anteriormente, a Constituição em suas dimensões jurídica e política, também de forma a assegurar a sua autopreservação, e conseqüentemente da conservação da forma do Estado constitucional democrático. O embate entre as dimensões jurídica e política será adiante, de forma sucinta, mais detalhado.

### **3 DEFESA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**

Em que pese os debates acerca das dimensões jurídica e política da Constituição, o qual em muitas circunstâncias resulta no descompasso entre essas citadas dimensões, acarretando a prevalência de uma dimensão sobre outra, parece não haver muitas dúvidas acerca da conveniência, ou da necessidade mesmo do emprego desse formato, qual seja de codificação de norma fundamental, para a organização do Estado, assegurando direitos e

---

<sup>94</sup> Embora não seja objeto do presente estudo é importante ressaltar que a ideia de um Estado Social representa de fato uma readequação do sistema capitalista de forma a garantir a própria manutenção desse sistema, mediante a concessão de alguns direitos (sociais) aos trabalhadores, força do influxo das lutas pelos direitos dos operários, em especial na Europa, perfilhadas por movimento político-partidário socialista.

garantias aos seus integrantes, além da previsão de órgãos de soberania.

Não é demais reiterar que, o emprego desse formato de instituição e organização do Estado, por sua vez se coaduna com a ideia de forma de Estado tal como ela é, a saber, normativo-constitucionalmente conformada, portanto de um Estado Democrático. Nessa linha, adota-se como premissa ser a democracia como “a mais perfeita das formas de governo, ou pelo menos a mais perfeita entre as que os homens foram capazes de imaginar e, pelo menos em parte, de realizar: mas justamente porque é a mais perfeita é também a mais difícil”. (BOBBIO, 2009, p. 35)

Assim, entendendo como o regime mais desejável, mas igualmente o mais frágil, ante o constante desafio de conciliar dois aspectos antagônicos, poder e liberdade, é que o próprio instrumento de instituição deve trazer em si mecanismos de autopreservação, autoproteção, pena de ficar incompleto e conseqüentemente enfraquecido, razão da necessidade do estabelecimento e previsão de mecanismos de defesa do Estado.

Por defesa do Estado, em um sentido amplo e global entende-se o “complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).” (CANOTILHO, 2003, p. 887)

No entanto, a partir da compreensão de um Estado constitucional, corolário do constitucionalismo, trata-se agora de falar em defesa ou garantia da Constituição, e não em defesa do Estado, ou seja, a mudança do enunciado se faz, diante de um Estado constitucional, diante da defesa da forma do Estado tal como ela é, a saber, do Estado constitucional democrático. (CANOTILHO, 2003, p. 887)

Para tanto se faz necessário que a própria Constituição contemple mecanismos de autogarantia, em outras palavras, que para a defesa da Constituição haja garantias da Constituição, mecanismos a assegurar a “observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”, e, como são mecanismos destinados a assegurar a existência da própria Constituição são denominados “Constituição da própria Constituição”. (CANOTILHO, 2003, p. 887-888)

A partir da admissão da necessidade de mecanismos de autoproteção são consideradas como garantias da existência da própria Constituição a (a) vinculação de todos os poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário) e (b) existência de competências de controle político e jurisdicional do cumprimento da Constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 888)

Ressalte-se que garantias da constituição não devem ser confundidas com garantias constitucionais, uma vez que estas tem caráter subjetivo, como um elenco de garantias voltadas ao indivíduo, destinados aos cidadãos.

A partir da observância da (a) vinculação de todos os poderes públicos compreende-se a Constituição como a **lex superior**, como fundamento jurídico de validade de todas as demais normas de um determinado ordenamento, dotada de “superlegalidade formal e material” (CANOTILHO, 2003, p. 890) (norma primária da produção jurídica e parâmetro obrigatório dos atos dos órgãos do Estado, respectivamente), estabelecendo o padrão normativo superior desse ordenamento, derivando o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, uma espécie de presunção de constitucionalidade dos atos do Estado.

Como corolário da observância por parte dos poderes públicos da Constituição como **lex superior** permite falarmos em:

Uma presunção **juris tantum**, podendo ser desfeita por uma decisão judicial que reconhecer sua inconstitucionalidade. Isso permite afirmar que, se a constitucionalidade dos atos normativos é presumida, a inconstitucionalidade, ao contrário, não o é. Ela precisa ser declarada e, somente após a declaração, o ato normativo deixará de ser aplicado. (FACHIN, 2015, p. 145)

Dessa forma permite-se concluir que os atos praticados pelos órgãos do Estado observam, ou pelo menos deveriam observar, a Constituição quanto aos procedimentos formais e as competências respectivos, assim como os parâmetros materiais igualmente nela estabelecidos.

Por sua vez o atendimento das (b) competências de controle político e jurisdicional do cumprimento da Constituição buscam assegurar a estabilidade e a conservação da Constituição contra

alterações aniquiladoras de seu núcleo essencial, chamadas cláusulas de irrevisibilidade (no direito brasileiro as conhecidas cláusulas pétreas) além de um processo agravado para leis de revisão, tudo objetivando apenas evitar alterações capazes de reduzir a nada o seu espírito, com a conseqüente ruptura do próprio ordenamento constitucional, no entanto, permitindo que adaptações e mudanças necessárias possam ser feitas, de sorte a ajustar a dimensão jurídica com a dimensão social. (CANOTILHO, 2003, p. 888-889)

Ainda como meios e/ou institutos de defesa da Constituição merecem destaque a fiscalização judicial da Constituição e a Separação e Interdependência dos órgãos de soberania.

Considerado como um dos mais importantes mecanismos de controle e fiscalização das normas Constitucionais, a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado atua de forma positiva, na dinamização da sua força normativa, e também de forma negativa (preventiva), mediante a reação face a potenciais atos que poderiam oportunizar a violação da constituição, impedindo que atos normativos, formal ou materialmente violadores das normas constitucionais produzam efeitos. (CANOTILHO, 2003, p. 889)

Ainda que não seja incluído como um dos mecanismos de defesa da Constituição, a Separação e Interdependência dos órgãos de soberania exerce também caráter garantístico a ordenação constitucional de funções e esquemas de controle dos órgãos de soberania, não sendo demais lembrar que a compreensão do atual estágio em que se encontra o constitucionalismo, fala-se em defesa ou garantia da constituição, cujo objeto de defesa é a forma de Estado tal como ela, repita-se o Estado Constitucional democrático.

Assim, eventual desrespeito aos núcleos preservados com garantias de intangibilidade (irrevisibilidade, cláusulas pétreas, núcleo essencial, espírito da constituição) sem que houvesse efetivo rompimento do tecido social, indicativo de clara ruptura do fundamento jurídico de validade então vigente, ou seja, da ordem constitucional, com a conseqüente instalação de um poder constituinte originário, implicaria, em última análise, desrespeito ao Estado Constitucional democrático, flagrante demonstração de retrocesso jurídico-político-social global.

#### 4 CONSTITUIÇÃO JURÍDICA, CONSTITUIÇÃO REAL E VONTADE DE CONSTITUIÇÃO

O momento político-econômico, e por que não jurídico, pelo qual vem atualmente passando o Brasil tornam absolutamente atuais debates e estudos sobre tema apresentado por Konrad Hesse, qual seja, acerca da Força Normativa da Constituição.

Para chegarmos ao cerne da discussão acerca da denominada Força Normativa da Constituição, devemos de antemão retomar alguns conceitos abordados no presente artigo, salientando que não existe pretensão alguma em esgotar os mesmos, mas apenas apontá-los de maneira breve, a fim de provocar talvez reflexões sobre o atual cenário.

Primeiro, o alerta e crítica feita por Ferdinand Lassalle, à época da conferência proferida em Berlim (1862) trata da essência da constituição, sustentando que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Prossegue em sua crítica afirmando que a Constituição jurídica não passaria de um “pedaço de papel”, posto que sua capacidade de regular e de motivar estaria limitada à sua harmonização com a Constituição real. (HESSE, 1991, p. 9)<sup>95</sup>

Mais uma vez se mostra pertinente a crítica feita quanto a Constituição jurídica (pedaço de papel), que por evidente não lograria êxito se confrontada com a constituição real. Nesse mesmo sentido:

Confiados na abstração tranquila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado. (BONAVIDES, 2016, p. 95)

Por Constituição real entende-se aquela que decorre das chamadas expressões das relações de poder, ou fatores reais de poder, que como destacado anteriormente referem-se a determinados seguimentos do próprio Estado ou da sociedade, detentores de algum

---

<sup>95</sup> A terminologia adotada por Ferdinand Lassalle acerca das dimensões jurídica e real da constituição, nos parece indicar a predileção do citado autor sobre qual a dimensão que deve prevalecer.

tipo de poder, citando dentre eles, poder militar, representado pelas Forças Armadas, poder social, representado pelos latifundiários, entre outros.

Com olhos voltados ao momento atual pelo qual vem atravessando o Brasil, podemos destacar, apenas a título de ilustração e de forma não exauriente, como possíveis novos protagonistas desses fatores reais de poder as famílias detentoras de considerável parcela de poder econômico, as instituições financeiras privadas, os meios de comunicação de massa (televisão, rádio, internet), proprietários de grandes instituições do ensino privado, além ainda, por que não dizer, de membros de alguns poderes do próprio Estado, do legislativo e do judiciário.

Ocorre que a Constituição jurídica acaba por representar, como dito, aos desejos, às pretensões exercidas em um dado momento a partir das influências exercidas pelos então titulares dessas relações de poder<sup>96</sup>, no entanto, esses interesses não são, a exemplo do que ocorre com tecido social, estáticos, ao contrário, estão em constante movimento de evolução, de modificação.

A tensão existente entre essas duas dimensões, constituição jurídica e constituição real, não pode ser negada tão pouco ignorada, razão pela qual uma tentativa de resposta parece não ter como escapar a admissão de um condicionamento recíproco existente entre elas. Dessa forma, a compreensão da constituição requer sejam consideradas, norma posta e realidade, em seu indissociável contexto. (HESSE, 1991, p. 13)

Prossegue o citado autor:

Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma "está em vigor" ou "está derogada"; Não há outra possibilidade. Por outro lado, que considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 13)

---

<sup>96</sup> Constituição jurídica expressa uma momentânea constelação de poder (HESSE, 1991, p. 11), logo, uma realidade estática em determinadas circunstâncias, as quais evidentemente acabam por ser superadas, em razão do contínuo movimento econômico e social, a realidade fática.

Ao que parece a solução para harmonizar a tensão existente entre a norma e a realidade, seria um caminho entre “o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro.” (HESSE, 1991, p. 14)

O radicalismo deve ceder lugar a uma solução intermediária, uma solução de mediania, não sendo possível equacionar a constante tensão entre essas dimensões se não houver renúncia a um tipo de resposta que se funde numa rigorosa alternativa, em outras palavras, se se responde com base apenas na norma, ou se responde ignorando a norma. A solução pela mediania costuma ser, desde muito tempo, o melhor caminho a ser seguido:

Ora, a virtude relaciona-se com paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, tanto quanto a carência, enquanto o meio-termo é uma forma de acerto digna de louvor; estar certa e ser louvada são características da virtude. Por conseguinte, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, o seu alvo é o meio-termo. (ARISTÓTELES, 2001, p. 39)

Assim, podemos afirmar que a norma constitucional não tem existência totalmente independente da realidade, uma vez que a essência mesma da norma se localiza na pretensão de que as situações por ela regulada sejam concretizadas na realidade. (HESSE, 1991, p. 16)

Assim, um dos fundamentos da Força Normativa da Constituição se encontra no que se chamou de ‘germe material de sua força vital’ encontrado no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, ou seja, nas condicionantes históricas que lhe deram origem, em outras palavras, resulta da adaptação inteligente a uma dada realidade. (HESSE, 1991, p. 17-18)

Mas não é só. A Força Normativa da Constituição também se funda, além dessa adaptação inteligente da realidade, na existência de uma disposição geral de orientar as próprias condutas segundo as ordens constantes na constituição. É o que se chamou ‘vontade de Constituição’.

Por 'vontade de Constituição' entende-se uma disposição difusa de que os preceitos nela contido devem ser preservados, em especial nas circunstâncias mais incômodas:

Mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. (HESSE, 1991, p. 22)

Em reforço à ideia acima esposada, afirma que aquele que não se dispõe ao sacrifício pessoal de seus interesses "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado." (HESSE, 1991, p. 22).

A vontade de Constituição tem suas origens em três vertentes distintas:

(1)[...] na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e diforme; [...] (2) na compreensão de que essa ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação); (3) Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. (HESSE, 1991, p. 19-20) (grifamos)

Assim, grande risco se apresenta à Constituição ante a inclinações no sentido de promover alterações ou revisões dos seus conteúdos, sob qualquer alegação, sob qualquer motivo, uma vez que cada modificação, cada reforma acaba por expressar uma ideia de mais valor que se empresta às contingências de índole fática que à ordem normativa constitucional vigente. (HESSE, 1991, p. 22)



Mais uma vez lançando um breve olhar ao redor, nesse momento histórico presente, ao que parece, há muito poucos que estão dispostos ao sacrifício de suas certezas em detrimento desse importante capital, tão caro ao Estado democrático, a vontade de Constituição.<sup>97</sup>

A história se repete. Não muito diferente já afirmava Konrad Hesse nesse mesmo sentido que o “observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional” (1991, p. 29)

A força normativa da constituição se assenta, também e principalmente, na sua interpretação, constituindo esse fundamento significado decisivo para sua consolidação e sua preservação. Konrad Hesse ao tratar da interpretação constitucional afirma que essa atividade está sujeita ao que chama de princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm):

Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22)

Nesse mesmo sentido, Ronald Dworkin ao apresentar como deve ser exercida a atividade de interpretação:

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas,

---

<sup>97</sup> Curiosamente o momento político atual no país é marcado por uma polarização simplista em que basta alguém se posicionar contra determinada opinião apresentada para ser automaticamente rotulado de partidário dessa ou daquela orientação política, v.g., basta ser contrário a um processo de impeachment em tese sem base legal, ou se posicionar contra qualquer homenagem prestada a personalidade reconhecida por práticas de tortura, para ser considerado petista ou comunista imediatamente.

mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente política. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. (DWORKIN, 2000, p. 216)

Ressalte-se que embora as relações fáticas, em constante movimento e alteração, acabem por demandar mudanças na compreensão, na interpretação das normas constantes da Constituição, no entanto, a finalidade existente em uma proposição constitucional não pode ser sacrificada em decorrência de uma mudança da situação fática, razão pela qual, eventuais e excepcionais revisões do texto constitucional são inelutáveis. (HESSE, 1991, p. 22)

Em que pese haver na fase atual em que se encontra o constitucionalismo uma ampla classificação de instrumentos e de legitimados à promoção de controles de constitucionalidade e, a partir da efetivação desses mecanismos que pode se verificar de forma difusa ou concentrada, por via incidental ou principal, abstrato ou concreto, preventivo ou sucessivo (CANOTILHO, 2003, p. 897 e segs), com a consequente garantia da Constituição, não se fará aqui apresentação mesmo que superficial desses mecanismos, em razão dos limites impostos pela estrutura de um artigo.

Assim, mesmo diante dos argumentos apresentados é possível vermos a Constituição, e a forma de Estado constitucional democrático, consubstanciada pela ordem constitucional, sob risco de ataques e revisões inadequadas a fim de atender interesses não declarados, cabendo então nesse momento o questionamento de quem, em última análise deve responder pela proteção, pela guarda da Constituição, o que nos leva ao próximo item do presente artigo.

## **5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O EMBATE QUE O ANTECEDE EM KELSEN E SCHMITT**

A tensão citada entre Constituição real e a Constituição jurídica, bem como o elementos que permitem sua realização, no qual um preza o ir além da norma e seus mecanismos, o outro preza a supremacia da norma positivada, aqui se propõe, uma reflexão acerca da Filosofia do Direito, mediante a apresentação ainda que

superficial da discussão entre dois juristas que contribuíram de forma substancial para a história da ciência do direito. E de forma alguma desqualifica uma pela outra. Ficando claro que a Constituição tem suas raízes a partir vários dados históricos e discussões, constituída depois de múltiplas transformações até se chegar à noção de Constituição, a qual se conservou em um núcleo permanente da ideia de uma supremacia como ordem estatal.

A noção de Constituição segundo Hans Kelsen é o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica, é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais, para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. (KELSEN, 2003, p. 131)

Assim entendida a Constituição, como o fundamento jurídico base de todo Estado, dos órgãos de soberania, norma que serve de fundamento a todas as demais, mister haja mecanismos voltados à sua garantia, voltados à sua proteção e, além desses mecanismos, quem está legitimado a promover a sua defesa, razão pela qual se faz necessário observarmos, ainda que superficialmente, alguns aspectos do embate entre Kelsen e Schmitt acerca de quem, em última análise, atuará como garantidor da Constituição. Desta forma, buscasse identificar, portanto, quem é o guardião da Constituição.

Dessa forma, buscando responder à indagação de quem é de fato o Guardiã da Constituição, a partir do embate entre Kelsen e Schmitt, diante de seus contrapontos e escritos críticos, um contra o outro vem de muitos anos. Porém, após a promulgação das Constituições na Alemanha e na Áustria, sendo que esta última adota a teoria elaborada por Kelsen em decorrência do controle de constitucionalidade concentrado, o Tribunal constitucional, exercido por um órgão jurisdicional especializado, a discussão entre os autores se tornou ainda mais acirrada. A Constituição de Weimar foi concluída um ano antes (1919) de ser promulgada a Constituição da República da Áustria (1920).

De um lado Kelsen diz que deve ser o Guardiã da constituição um Tribunal Constitucional, e para Schmitt do outro lado,

quem deve ser o Guardião é o Presidente do Reich. Para fins de esclarecimentos iremos abordar os artigos mais polêmicos que são o cerne da discussão, a saber os artigos 19 e 48 da Constituição de Weimar:

Artigo 19. Os litígios constitucionais que se suscitem num estado desprovido de tribunal competente para os dirimir e, outrossim, os litígios entre os diferentes Estados, ou entre o Império e um estado, contando que não sejam de direito privado, são decididos, a requerimento de uma das partes, pelo Tribunal de Justiça de Estado, para o Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro Tribunal do Império. O Presidente do Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro Tribunal de Justiça de Estado. (MIRANDA, 1990, p. 273)

Na compreensão desses dois artigos que se trava o embate de quem deve ser o Guardião da Constituição, logo, a interpretação de Kelsen sobre o artigo 19 não oferece um resultado satisfatório no plano técnico-jurídico:

Quanto ao primeiro ponto, estamos ante um defeito redacional que produz uma falta de clareza bastante grave. Depois que os arts. 13 e 15 prevêm a possibilidade de que determinadas controvérsias sejam decididas através do *Tribunal Federal de Justiça [Staatsgerichtshof]*, o art.19 estabelece em linhas bastante gerais que sobre “controvérsias de natureza não-privada” entre um estado e o *Reich*, desde que outra corte não seja competente, deve decidir - por provocação de uma das partes – o Tribunal Federal, e que a sua decisão deve ser executada pelo presidente do *Reich*. Uma vez que o *Reich* - enquanto entidade parcial – tem tanto interesse em que o estado cumpra os deveres que lhe impõe o ordenamento total quanto um estado tem interesse em que o *Reich* – enquanto entidade parcial – não viole o ordenamento total, qualquer violação desse tipo pode apresentar-se como “controvérsia entre estado e *Reich*”. (KELSEN, 2003, p. 95-96)

É esperado que Kelsen não concorde com a teoria de Schmitt, quando esse último sustenta que o Presidente *Reich* deva ser o Guardião da Constituição por uma via de interpretação do art. 48, nos seguintes termos:

Artigo 48. Quando um Estado (Land) não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou pelas leis de *Reich*, o Presidente do Reich pode obriga-lo com a ajuda da força armada.

Achando-se a segurança e a ordem pública gravemente perturbadas ou comprometidas o Presidente *Reich* pode adotar as medidas para o seu restabelecimento, da segurança e ordem públicas inclusive com a ajuda da força e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso pode suspender parcial ou parcialmente o exercício dos direitos fundamentais, garantidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. O Presidente do Reich deve dar imediato conhecimento dar conhecimento ao *Reichstag*, de qualquer medida adotada com base nas cláusulas 1 e 2 deste artigo. Essas medidas deverão ser ab-rogadas por determinação do *Reichstag*.

Havendo perigo na demora, pode o governo de um estado, com relação ao seu território, adotar medidas provisórias tal como indicado na cláusula segunda. Essas medidas devem ser ab-rogadas por determinação do presidente do *Reich* ou do *Reichstag*. (KELSEN,2003.p.97)

Para Schmitt o Presidente da República, amparado pelo art.48 da Constituição de Weimar visto acima, representaria uma unidade da autoridade política juntamente com os anseios sociais do povo alemão. Um poder independente e neutro cuja independência em relação aos partidos, segundo Bercovici, é uma independência política, e não apolítica, como a de um juiz. (2003, p. 197c)

Dessa forma, o Executivo, independente do legislativo, com sua própria autoridade política estaria como o Poder Constituinte, pronto para agir economicamente e politicamente, garantindo a validade, aplicabilidade e existência do corpo constitucional, protegendo a constituição de qualquer inimigo interno ou externo.

Para Kelsen, Schmitt está totalmente equivocado em sua interpretação da Carta Alemã de 1919, ao adotar a doutrina do poder neutro de chefe de Estado, principalmente quando se vale do preâmbulo constitucional e do art. 48 para legitimar o Presidente *Reich* como Guardião da Constituição. Não vendo assim, ou ignorando o art.19 em que está escrita e positivada a competência do Tribunal Federal para a guarda constitucional.

Kelsen afirma que a intenção de Schmitt não era caracterizar o chefe de Estado como um “terceiro mais alto” ou um “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justa-posto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”. (KELSEN, 2003, p. 246)

Bastando dessa forma, interpretar o art.48 da Constituição de Weimar, em que Schmitt amplia a competência do Presidente do *Reich*, não lhe restando alternativa que não seja a de ser soberano. Kelsen melhor explica:

O art. 19, porém, não está sozinho. Evidentemente, sem que se tivesse consciência de todo o alcance do teor adotado no art.19, formulou-se o art.48-1, o que, para certos casos já tratados no art.19, vale dizer o não cumprimento de um dever imposto ao estado, confia ao presidente do *Reich* a execução contra o estado, porém *sem uma referência clara ao procedimento prescrito no art.19*. Os dois artigos são, por seus teores, inconciliáveis. Assim, como acontece com frequência em erros redacionais, *há duas possibilidades de interpretação*: ou o art.19 restringe o art.48-1, ou este último restringe o primeiro. (KELSEN, 2003, p. 96)

Contudo, o poder concedido ao Presidente *Reich* fazia com que, quanto mais ele buscava resguardar a ordem, mais afastava os direitos exigidos pela constituição. Podendo ser afastados os direitos fundamentais e sociais que ali estavam previstos.

Ficando clara a grande utilização do artigo 48, que o Presidente *Reich* e o Parlamento eram os titulares do Poder estatal na teoria de Schmitt, trazendo à luz: “Dois titulares do poder estatal instituídos pela Constituição, um torna-se inimigo e o outro amigo do Estado; um quer destruí-lo, isto é, destruir sua “unidade”, e o outro quer defendê-lo de tal destruição: um é violador, o outro é o Guardião da Constituição”. (KELSEN, 2003, p. 296-297)

Kelsen ao responder o art.48, em que o Presidente *Reich* tem preeminência sobre os demais poderes, se utiliza da teoria de Benjamin Constant, onde se defendia a tese do princípio monárquico (séc. XIX), sendo o natural Guardião da Constituição o monarca. O autor assim diz:

Portanto, para se tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é - exclusivamente ou não - uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição). Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se

de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: o monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? (KELSEN, 2003.p. 241-242)

No entanto, no livro *Jurisdição Constitucional*, demonstra que Schmitt busca se justificar na teoria do princípio monárquico, a fim de defender a tese, de que o Guardião da Constituição deve ser o Governador. No mais, a lição de nossos juristas, a dificuldade, aliás, polêmica é, quem deve de fato ser o Guardião da Constituição?

[...] Schmitt afirmava que o guardião (o interprete autorizado) da constituição era o presidente da República, Kelsen denuncia a natureza ideológica dessa tese, herdeira do princípio monárquico: “Como não se poderia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado”. Mostra ainda que a tese de Schmitt é tributária de duas concepções anacrônicas: a de que a atividade interpretativa consiste numa tarefa de subsunção (“a concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas ‘deduzida’ dela através de uma operação lógica”, o que corresponderia à “jurisdição como automatismo jurídico”: e a de que “o direito subjetivo não passa de um expediente técnico para a garantia da ordem estatal”. (CUNHA, 2003, p. XIV)

Contudo, as justificações apresentadas por Kelsen e Schmitt necessitariam mais do que isso, até mesmo porque o Guardião da Constituição depende das descrições que os observadores o fazem, por isso é preciso levar a sério essas propostas, e tal enfrentamento com aquele tempo.

Salienta-se assim que a teoria de Kelsen obteve êxito, é o tribunal Federal Constitucional que passa a decidir, e sim, ela passou a ser amplamente utilizada a teoria de controle de constitucionalidade concentrado em várias Constituições, onde se aplicou na Constituição da Áustria de 1920 e depois, na Constituição Alemã em 1949. E a grande diferença, portanto da Constituição de Weimar é que o

executar ficava para o Presidente *Reich*, já na execução de Bonn o verbo se tornou uma das funções do Tribunal Constitucional. Sendo assim:

Com efeito, a competência judicial de controlo não foi criada pelo legislador da Lei Fundamental, mas por ele encontrada como instituto jurídico já conhecido da ordem jurídica alemã, reconhecido pela grande maioria da doutrina e aplicado de maneira constante pelos tribunais, sobretudo desde a decisão fundamental do Supremo Tribunal do Reich, de 4-II-192545: em consequência disto, nos debates do Conselho Parlamentar sobre o complexo de questões mais tarde reguladas no art. 93, n. I, alínea 2, e no art. 100, <<a competência judicial de controlo>> foi o ponto de partida das discussões. O Conselho Parlamentar quis centralizar e monopolizar nos tribunais constitucionais esta competência judicial de controlo – mais exatamente: não toda a competência de controlo, mas apenas a competência para a negação definitiva da validade da norma sob controle. (BACHOF, 1994, p. 74-75)

O Guardião da Constituição, ou seja, a Jurisdição Constitucional deu o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, já que necessário pelos problemas em que o Estado de Direito carregava em si mesmo. Portanto, depois de demonstradas as teorias divergentes embasadas nos artigos 19 e 48 da Constituição de Weimar, no qual foram de suma importância para a atualidade, acabou se difundindo nas teorias de Kelsen sobre quem é o Guardião da Constituição, cuja competência e responsabilidade cabe ao judiciário.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que o constitucionalismo é um sistema da máxima importância a ponto de instituir a organização de um Estado na forma de Estado constitucional democrática, bem como de assegurar garantias individuais, além da separação entre poderes desse Estado.

Falar em constitucionalismo nos remete à forma de Estado democrático aceitando-o como a mais perfeita entre as formas de governo que os homens foram capazes de imaginar.

Perfeita (BOBBIO, 2009, p. 35) e ao mesmo tempo a mais frágil forma de governo, a democracia demanda para sua



conservação diuturno empenho em ver seu fundamento de validade defendido em face de todo e qualquer ataque.

Assim é o direito, cujo fim não parece ser outro, se não a paz. O direito é um labor contínuo, não apenas dos governantes, mas de todo o povo. A vida inteira do direito, vista de relance, mostra-nos e mesmo espetáculo sem descanso e o trabalho de uma nação[...] (IHERING, 2010, p. 35)

Diante da indispensável existência de mecanismos de autopreservação da constituição, da previsão de núcleos intangíveis, da conhecida tensão entre a constituição real e jurídica, da compreensão da força normativa da constituição, fundada entre outros na vontade de constituição, a proteção da constituição encontra sua derradeira trincheira no poder judiciário, cuja defesa tem como corolário a proteção do Estado constitucional democrático.

## REFERENCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 74-75.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et. al. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. trad. Carlos Néelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

CHHRUR, Alan Ibn. **O Guardião da constituição a partir da dualidade entre *políteia* e *nomoi*: o argumento de Hans Kelsen**. Revista Contemplação, 2015, p. 1-17.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 14ª reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 7. ed. rev. trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. intr. rev. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge (Org). **Textos históricos do direito constitucional**. 2ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Vs. São Paulo: Vozes. 1992.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Inês Lohbauer. In: A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta. 1996.

# O MERCADO DA PERSONALIDADE: O DIREITO NO ESTADO LIBERAL E A TRANSFORMAÇÃO DA PESSOA EM MERCADORIA

*Diogo Valério Félix<sup>98</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é oferecer um projeto que revele a ideologia constante na teoria dos direitos da personalidade, a qual nega a personificação do ser humano, privilegiando interesses privados, o sistema capitalista, e, o utilitarismo que o conota, estigmatizando e oprimindo o humano.

Neste sentido, chama-se a atenção do leitor, desde já, que as teses levantadas na presente pesquisa tem por finalidade apresentar o contra argumento do discurso dogmático que intitula a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, como uma construção a partir dos postulados liberais da liberdade e igualdade do homem.

Assim, adotando a dialética como método científico, a contra argumentação ora apresentada tem por finalidade a própria atuação enquanto antítese às teses normativistas do Estado liberal burguês, que discursivamente reconhece determinados direitos como essenciais, e, inclusive, inatos e ínsitos ao homem, ou, ainda, certa neutralidade jurídica no que se refere às relações sociais.

---

<sup>98</sup> Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade, pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR (2010); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR (2008). Advogado militante na cidade de Maringá/PR e região. Professor do curso de Direito da Faculdade Cidade Verde – FCV, e, Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. E-mail: adv.diogofelix@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549347112132551>.

Do mesmo modo, há que esclarecer que a presente pesquisa não tem nenhuma pretensão de esgotar quaisquer dos assuntos ora levantados, mas, chamar a atenção do leitor quanto às problemáticas envolvendo o Estado liberal, o Direito e o indivíduo, bem como, ainda, da própria discussão envolvendo a forma vazia da norma e o instrumento de captura do conteúdo normativo, a fim de esclarecer se os bens que guarnecem o conteúdo axiomático da dignidade humana se apresentam como mercadorias, e, portanto, passível de alienação.

Para tanto, há a necessidade de explorar não só a concepção do Estado liberal, mas, sobretudo, de sua proposta (finalidades) de tutela de um suposto “bem comum”, cuja efetividade, em tese possibilitaria a emancipação do homem para o exercício de sua autonomia.

Ocorre que a formação da sociedade, e, inclusive, do Estado, é marcada pela existência de duas classes sociais bem definidas, quais sejam, os proprietários dos meios de produção, e os não proprietários dos respectivos meios, revelando, desta forma, um conflito de interesses entre as referidas classes sociais.

A existência da propriedade privada, em sua mais ampla concepção, engendra a impossibilidade de verificação de qualquer interesse comum, pois dado que o estabelecimento das relações sociais se dá mediante a disposição dos respectivos bens por parte de seus proprietários, em última análise, há que se concluir que as relações sociais são fundadas pela forma do contrato, e, portanto, os interesses sociais são eminentemente privados, inexistindo, assim, qualquer concepção de igualdade entre os homens.

Da mesma maneira, a identificação de uma instituição política e jurídica como o Estado, que, em tese, prima pela efetivação de interesses comuns, ou públicos, se reveste do manto da ideologia, reproduzindo os interesses privados como interesses públicos, resultando, desta forma, na dominação de uma classe sobre a outra.

O direito, nesta perspectiva liberal, apresenta-se como uma mera forma, qual seja, a da coercibilidade, diga-se, ainda, vazia, onde o conteúdo, e, portanto, a substância do direito (norma), é determinada pela disposição contratual, exigindo, na mesma medida, que as relações sociais sejam estabelecidas por proprietários, e, via de consequência, a mercantilização dos bens que compõe o patrimônio jurídico.

A concepção de um núcleo essencial axiológico, que integra a composição da dignidade humana, se forma mediante a própria disposição dos interesses da classe dominante, revelando, desta forma, a mercantilização de todas as relações sociais do homem, e, de igual maneira, de sua limitação a uma emancipação para além do capital.

O Estado Liberal marca o hiato profundo entre as teorias jurídicas que buscam a tutela da pessoa e a miséria humana consorciada ao culto à materialidade pura e o utilitarismo que busca a maximização do prazer burguês; a humanidade embotada nesta perspectiva, “crê” em direitos personalíssimos e fundamentais, mas não é consciente da luta de classe que marca o motor da história da humanidade, de sorte que a dignificação do sujeito, para além do capital, é quimérica, ante o processo de alienação e uniformização pulverizados que o institui como mercadoria, o próprio ser, e os demais bens jurídicos; sem consciência dos interesses privados que marca o Estado burguês, os sujeitos são guiados pela ideologia, denunciada no presente trabalho a partir da teoria marxista e pachukaniana que ora se registra no trabalho.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA DO ESTADO E DO DIREITO COMO INSTITUIÇÃO E INSTRUMENTO IDEOLÓGICOS DE DOMINAÇÃO**

Inobstante a construção de uma teoria que tem por finalidade a contemplação do homem em todas as suas dimensões humanas, ou seja, daquele conjunto de bens que dotam o ser humano da qualidade de pessoa, desenvolvida a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto valor, cumpre apontar, no presente trabalho, as fragilidades que permeiam a teoria dos direitos fundamentais e de personalidade enquanto teorias jurídicas que primam a dignificação do ser.

A fim de galgar a presente finalidade, há que se estabelecer a própria definição de Direito dentro de uma perspectiva social e filosófica, as quais denunciam a nihilificação do ser frente à forma jurídica vazia que impedem a emancipação do homem para além do capital.

Assim, o estabelecimento de uma definição de Direito depende da identificação não só do modelo estatal, mas, sobretudo, das próprias condições materiais em que o capital e o Direito

estabelecem o processo econômico e a propriedade dos meios de produção, determinantes à fixação das relações de poder que concretizam a dominação de uma classe social sobre a outra.

Respectiva identificação se revela necessária a fim de poder constatar se o Direito, ou teorias jurídicas, as quais buscam a dignidade humana, se revestem de discursos ideológicos que primam um suposto “bem comum” e necessário à dignificação do homem enquanto ser humano e sujeito de direitos, sendo esta a marca da sociedade e o Estado Liberal.

Dentro desta perspectiva, há que se firmar entendimento no sentido de que o bem comum, de maneira geral, não faz parte da lógica da sociedade burguesa (NAVES, 2009, p. 39), tendo em vista que a ideia de um “bem comum” não se trata, apenas e tão somente, de um discurso, mas, antes o contrário, na medida em que a caracterização da respectiva sociedade se dá, precisamente, no fato de os interesses gerais se destacarem e de se oporem aos interesses privados. E, nesta posição, os interesses comuns assumem, ainda que involuntariamente, a forma de interesses privados, e, via de consequência, a forma do direito (PACHUKANIS, 1977, p. 123).

Denota-se que o Estado ao dizer o Direito se reveste da aparência do interesse geral. Este fato se desdobra na medida em que a classe burguesa assume o poder, acabando por surgir uma contradição entre os interesses individuais, ou de uma classe particular, e o interesse geral ou comum, ocasionando o conflito entre as classes sociais dos proprietários e não proprietários dos meios de produção (CHAUÍ, 1980, p. 26-27).

Este conflito engendrado pela luta entre as classes (proprietários e não proprietários) corrompe com inferência de interesse comum ou geral, uma vez que onde houver propriedade privada não pode haver interesse comum (CHAUÍ, 1980, p. 27).

Veja-se, então, que o Estado aparece como a própria realização do interesse comum, ou seja, tem por finalidade a manutenção do interesse geral, almejando, inclusive, a diminuição das diferenças sociais. Contudo, ele (o Estado) é a forma pelo qual os interesses da parte que detêm a propriedade dos meios de produção, ganham a aparência de interesses de toda a sociedade, uma vez que é o próprio Estado, enquanto poder distinto e acima dos interesses particulares, quem define o que é de interesse geral (CHAUÍ, 1980, p. 27).

O emprego do Estado como uma entidade soberana acima que qualquer interesse particular, revela a quimera da referida instituição, posto que, restando evidenciado que é o Estado quem determina o bem comum, sendo, assim, reflexo da veemência da classe dominante, imprimindo, por intermédio do Estado, como interesse de toda a comunidade.

Marilena Chauí descreve, com propriedade, que:

O Estado é uma comunidade ilusória. Isso não quer dizer que seja falso, mas sim que ele aparece como comunidade porque é assim percebido pelos sujeitos sociais. Estes precisam dessa figura unificada e unificadora para tolerar a existência das divisões sociais, escondendo que tais divisões permanecem através do Estado. O Estado é a expressão política da sociedade civil enquanto dividida em classes (CHAUÍ, 1980, p. 27).

Logo, há que se concluir que o Estado, na perspectiva do contrato social, não existe para minimizar as diferenças sociais entre os indivíduos que o compõe, mas, para identificar os mesmos como membros pertencentes a uma ou outra classe, tendo como critério a propriedade da produção de bens, alçando, desta forma, a ideia de que a vida social se dá nas relações de produção, e estas são de interesse comum, dado as condições materiais para existência da vida social, concretizando, assim, o capital, e sustentando o domínio de uma classe social sobre a outra, na medida em que os interesses privados assumem a roupagem de bens comuns.

Para manter a aparência de instituição que visa à preservação do interesse comum, ao invés de demonstrar sua real finalidade, o Estado precisa exercer esta dominação de maneira impessoal e anônima, tendo como instrumento fundamental, àquela finalidade, o Direito e sua a propriedade, legitimado pela ideia de representação e interesses comuns (CHAUÍ, 1980, p. 27).

Neste sentido, a legitimação do Estado, bem como de suas finalidades, são instrumentalizadas pelo Direito, propriamente pelas leis, que, transvestidas da ideia de proteção do interesse comum, preserva os interesses privados do capital.

Denunciando a ideologia administrativa do Estado, István Mészáros estabelece que:

Ao mesmo tempo, no contexto de “Estado de bem-estar” e em práticas oficiais análogas (embora mais limitadas em seus objetivos), ele se encarrega da tarefa de subjugar os interesses capitalistas particulares que se opõem a tais práticas – necessárias à reprodução global do capitalismo –, aparentemente resolvendo a contradição entre os interesses gerais/sociais e os interesses do capital/setorial (MÉSZÁROS, 2012, p. 144).

Cumprido destacar, que tais discursos revestidos de uma suposta correção das desigualdades, não modificam em nada as relações de poder e dominação, na medida em que não só a função do Estado, enquanto provedor do bem comum é maculada pela ideologia do interesse privado, mas do próprio entendimento da forma jurídica como forma mercantil.

Desta forma, a “*sociedade civil concebida como um indivíduo coletivo é uma das grandes ideias da ideologia burguesa para ocultar que a sociedade civil é a produção e reprodução da divisão em classes e é luta entre as classes*” (CHAUÍ, 1980, p. 30), bem como, ainda, da própria forma jurídica.

Marilena Chauí define, de maneira lapidar, a ideologia como sendo:

Um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas e regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir a divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças, como de classes, e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento de identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado (CHAUÍ, 1980, p. 43-44).

Veja-se, neste sentido, que o discurso ideológico se pauta na necessidade de ocultar a causa da realidade, invertendo a explicação de determinado fenômeno, ao passo em que justifica a diferença



entre as classes a partir de conceitos pré-estabelecidos. A ideologia busca a explicação do feito a partir de sua conclusão, tendo por finalidade, ocultar a consequência do mesmo a partir de sua causa.

Sobre a natureza da ideologia István Mészáros descreve que:

Em nossa cultura liberal-conservadora o sistema ideológico socialmente estabelecido e dominante funciona de modo a apresentar – ou desvirtuar – suas próprias regras de seletividade, preconceito, discriminação e até distorção sistemática como “normalidade”, “objetividade” e “imparcialidade científica” (MÉSÁROS, 2012, p. 58).

Trata-se do processo dialético invertido. A síntese é a condição de explicação da tese, ao invés da tese contraposta pela antítese formar a síntese. Assim, *“nascida por causa da luta entre as classes e nascida da luta de classes, a ideologia é um corpo teórico (religioso, filosófico ou científico) que não pode pensar realmente a luta de classes que se deu origem”* (CHAUÍ, op. cit., p. 44).

Desta forma, o discurso ideológico atua como uma venda, impossibilitando que os membros de uma sociedade conheçam as razões determinantes das diferenças sociais, fazendo, ainda, por legitimar o respectivo discurso a partir da premência conceitual das ideias particulares da classe dominante, como uma ideia comunitária.

Um dos instrumentos de legitimação do discurso ideológico é o Direito, uma vez que, iludidos pela ideia de representação, onde a classe dominada acredita estar exercendo o poder por intermédio de seus representantes, que é propriamente a classe dominante, a lei se revela como um fato ocasionado da inspeção social, ou seja, a classe dominada “crê” que os detentores do poder, analisando os anseios sociais, editam as leis para buscar o equilíbrio social, a partir do reconhecimento e da busca da igualdade entre os membros da sociedade em todas as suas projeções.

O Estado seria, para os dominados, a representação dos interesses comuns, legitimando, portanto suas ações. No entanto, tendo em vista que o Estado é quem mantém a ordem, resta claro e evidente, que o Estado nada mais é do que o porta voz da classe dominante.

Foi com Hobbes que o Estado aparece como instituição política e jurídica detentora da finalidade de promoção da paz e

defesa comum, por intermédio do acesso, por definição, a uma suposta vontade geral, ou seja, a uma ideia de bem comum, fazendo com que os homens, em razão do medo, cumpram com seus pactos.

A menção de Hobbes ao Estado é no sentido de:

Designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. [...] Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país (HOBBS, p. ).

Ora, à medida que os direitos de governança são transferidos ao Estado, e, via de consequência, os meios necessários para atingir as respectivas finalidades que lhe são atribuídas, quais sejam, a busca e manutenção da paz e a segurança comuns, por intermédio da via contratual, despreza, em última análise, que a composição, ou definição, dos interesses comuns nasce a partir da disputa de interesses. Ou seja, em razão da forma contratual, a noção de interesse público, ou, ainda, de bem comum, nasce da contradição entre os interesses privados.

Esta contradição revela a dominação de um interesse sobre o outro, tendo em vista que o bem comum, como anteriormente mencionado, não corresponde à sistemática da lógica da cultura liberal-conservadora, sendo esta a marca do Estado burguês.

Os interesses dominantes, ou públicos, são a expressão do Estado burguês em sua totalidade, Estado que se revela como poder político, e, assim, fonte dos interesses que, em tese, estariam assentados na ideia de um bem comum, mas que, para além da ideologia burguesa, apresenta-se pela contradição entre os

interesses egoístas do homem, como membro da sociedade civil, e o interesse geral abstrato da totalidade política, havendo, assim, o destacamento dos interesses gerais dos interesses privados, e a sobreposição daquelas a estes (PACHUKANIS, 1977, p. 38).

Em razão do predomínio e a dominação dos interesses de uma classe como interesses comuns, outros projetos, assim como outras instituições, oriundas de outra classe ou grupo não dominante, apresenta-se como formas não autorizadas, e não institucionalizadas, sendo, assim, desprezados. O Direito, dentro desta perspectiva, surge como instrumento de controle social ligado a organização e manutenção do poder classístico, exprimindo-se através das leis (LYRA FILHO, 1982, p. 18).

Roberto Lyra Filho descreve que as contradições resultantes da luta entre as classes:

Acabam reforçando a dominação, pois o que invoca o novo grupo do poder é a mesma ordem social, que entendia mal defendida pelos seus representantes. É assim como se o mandante cassasse os mandatos de seus procuradores, mais ou menos infieis, com receio de que estes entreguem o ouro aos bandidos (do poder), isto é, os dominados, que "devem" continuar dominados. Vê-se, então, que as contradições à superfície representam uma coerência mais profunda (a da dominação, é claro) (LYRA FILHO, 1982, p. 19).

Cumprе explicitar que o Direito canoniza a ordem social estabelecida, podendo, somente, ser alterada a partir de suas próprias disposições, ou seja, a ordem seria alterada, porém, sua fundamentação permaneceria a mesma, visto que, os arranjos seriam dispostos pela mesma ordem, mantendo-se, conseqüentemente, os interesses de uma determinada classe (PACHUKANIS, 1977, p. 38-39).

Os cânones do Direito liberal-burguês são os fundamentos que a ordem jurídica imprime toda a concepção de bem comum, sobretudo a ideia de que todos os homens são iguais, isto é, capazes de dispor livremente de si mesmos e seus bens, firmando o entendimento de que o sujeito aparece nas relações sociais essencialmente como proprietário, capaz, portanto, de qualquer alienação, sendo esta a fonte dos interesses individuais como públicos (PACHUKANIS, 1977, p. 38-39).

Na medida em que o discurso jurídico e político idealiza o Estado enquanto uma instituição que mantém os interesses comuns, legitima-o, na mesma proporção, a função de dizer o Direito, exercendo, na mesma medida, a dominação de uma classe sobre a outra.

### **3 A FORMA JURÍDICA COMO ELEMENTO DE DISPOSIÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A FORMA VAZIA DO DIREITO E A RELAÇÃO DE TROCA MERCANTIL**

Tendo identificado o Estado e o Direito como instituição e instrumento, respectivamente, de reprodução ideológica e dominação de uma classe social sobre a outra, sob os argumentos dos interesses e bens comuns, cumpre trazer a discussão, a fim de atingir a finalidade do presente trabalho, os elementos determinantes da reprodução dos interesses da classe dominante pela via do direito, e, conseqüentemente, da própria substância capitalista do direito, ou seja, da disposição mercantilista viabilizada pela forma vazia da norma.

Para tanto, a fim de construir a presente crítica da forma contratual do direito, há que se resgatar a tese levantada por Evgeni Pachukanis, em a “Teoria Geral do Direito e o Marxismo”, revelando a estreita relação entre a forma jurídica e a forma mercadoria, a partir do método marxista.

Inegável, seja entre os pensadores marxistas, seja entre os liberais, que o direito apresenta como característica singular a coercibilidade, sendo este um dos caracteres diferenciadores do direito como instrumento de controle social.

Pachukanis, acerca do problema central dos estudos do direito na obra de Marx e Engels, argumenta no sentido de que o direito é o momento da regulamentação coativa social (estadual) como característica central, fundamental, e a única típica dos fenômenos jurídicos, firmando, neste sentido, a natureza coercitiva do direito (NAVES, 2009, p. 31-32).

Ao definir o direito, Pachukanis descreve que trata-se de:

Um sistema de normas coercivas sociais que refletem as relações econômicas e sociais de uma dada sociedade e que são introduzidas e mantidas pelo poder do Estado das classes dominantes para sancionar, regular e consolidar estas relações e consequentemente para consolidar o seu domínio.

Diante da respectiva definição, observa-se a relação entre o conteúdo da regulamentação jurídica e a econômica, apresentando o direito essencialmente como forma, coincidindo, assim, a forma jurídica concreta, com a relação econômica, sendo, via de consequência a expressão jurídica das relações econômicas concretas (NAVES, 2009, p. 32).

Há que se levar em consideração, ainda dentro da discussão acerca da forma jurídica, a concepção do sujeito de direito como uma derivação imediata da forma mercantil, representado pelo conceito de sujeito e sua capacidade de autodeterminação, fundamento dos sistemas idealistas, atuando, sobretudo, como princípio da determinação das formas de liberdade, igualdade e subjetividade jurídica, sendo estes os pilares não só da cultura liberal, mas, inclusive, do próprio Estado burguês, que busca o acompanhamento da forma jurídica com o desenvolvimento da economia mercantil e monetária (NAVES, 2009, p. 33).

Firme-se, neste sentido, que as relações jurídicas não se constituem em um simples reflexo ideológico, ou seja, não existe apenas nas ideias socialmente reproduzidas, mas a partir das condições materiais dos sistemas de relações, onde há a disposição não só das condições materiais determinantes da vida, mas, inclusive, e economicamente, do próprio ser enquanto objeto mercantil, revelando que as afinidades sociais se estabelecem por intermédio de contratos jurídicos privados, onde os interesses particulares assumem a forma jurídica da coercibilidade.

A ausência, em tese, de qualquer bem passível de disposição nas relações econômicas impedem, via de consequência, a aproximação da regulamentação jurídica da respectiva relação. Ou seja, inexistindo propriedade, não há o que contratar.

Diante desta perspectiva econômica, as teorias liberais e idealistas, buscam a consagração dos ideais de igualdade e liberdade, e da autodeterminação do ser, constituindo-o em sujeito de direito, na medida em que o funda como proprietário, ainda que de

sua força de trabalho, e, portando, passível de disposição, possibilitando o estabelecimento de relações jurídicas.

Observa-se, neste sentido, que a relação jurídica, enquanto ação, torna-se uma coisa, e, conseqüentemente, passível de uma significação mercadológica, pois nas palavras de Pachukanis:

A vida social desintegra-se simultaneamente, por um lado, numa totalidade de relações coisificadas, nascendo espontaneamente, (como são todas as relações econômicas: níveis dos preços, taxa de mais valia, taxa de lucro, etc.), isto é, relações onde os homens não tem outra significação que não seja a de coisas, e, por outro lado, numa totalidade de relações onde os homens e determina tão só quando é oposto a uma coisa, isto é, onde é definido como sujeito. Tal é precisamente a relação jurídica. [...] Deste modo, o vínculo enraizado na produção, apresenta-se simultaneamente sob duas formas absurdas, por um lado, como valor de mercadoria, e, por outro, como capacidade do homem ser sujeito de direito (PACHUKANIS, 1977, p.137).

Assim, tendo em vista que a forma jurídica é representada pelo contrato, e desprovido de qualquer substância, o direito é essencialmente privado, na medida em que se apresenta como uma relação específica, qual seja, a de troca de bens e mercadorias, e que é repassada às demais relações sociais.

Acerca das relações comerciais e da forma mercadológica, Marx, ao tratar do Estado burguês, estabelece que:

Sobreveio, finalmente, um tempo em que tudo o que os homens tinham considerado inalienável se tornou objeto de troca, de tráfego e podia ser alienado. É o tempo em que as próprias coisas que até então eram transferidas mas nunca trocadas; dadas, mas nunca vendidas; adquiridas, mas nunca compradas, virtude, amor, opinião, ciência, consciência, etc. Tudo, enfim, passou a ser comércio. É o tempo da corrupção geral, da venalidade universal ou, para falar em termo de economia política, o tempo em que todas as coisas, morais ou físicas, ao serem convertidas em valores venais, são levadas ao comércio para serem apreciadas por seu valor mais justo (MARX, 2007, p. 35).

Neste sentido, todo o direito está baseado na relação que estabelecem entre os proprietários de mercadorias, apresentado o caráter essencialmente privado do direito, e as demais formas

jurídicas estão baseadas na lógica das relações mercantis, revelando, mais uma vez, seu caráter privado, portanto, seu fundamento, é eminentemente burguês (NAVES, 2009, p. 40).

Como trabalhado no item anterior, o direito cumpre com uma função ideológica, contudo este não é o aspecto determinante ou central do direito, sendo portanto minimizado, da mesma forma em que a dimensão coercitiva também o é, uma vez que o culto da forma jurídica é o culto da mercadoria. Ou seja, o elemento central da coerção de dominação de classe é o Estado, e o direito tem papel secundário na execução dessa função pelo Estado (NAVES, 2009, p. 40).

Assim, valendo-se mais uma vez das referências de Pachukanis, há que concluir que o direito é essencialmente uma forma privada, baseado nos interesses privados e na existência de litígios entre interesses individuais, de modo que toda e qualquer tentativa que vise a apresentar a função social do direito, como ela é, ou seja, simplesmente como função social, e que vise apresentar a norma simplesmente como regra organizadora significa a morte da forma jurídica (PACHUKANIS, 2009, p. 123).

#### **4 A (IN)DIGNIDADE DO SER COMO RESULTADO DA CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO LIBERAL BURGUÊS A PARTIR DO FORMALISMO JURÍDICO**

A partir da identificação do direito como uma relação social estabelecida entre os proprietários de mercadorias, bem como, ainda, das bases da forma jurídica estarem fundamentadas na lógica mercantil, e, via de consequência, do seu caráter eminentemente privado, cumpre levantar questionamento no sentido de identificar se os valores ditos como essenciais da pessoa humana, tutelados pelos direitos fundamentais e de personalidade, os quais têm por finalidade garantir a dignidade humana, apresentam-se, na mesma medida que os demais bens jurídicos, como mercadorias, e, portanto, objeto de alienação.

Neste sentido, abrem-se os seguintes questionamentos: Afinal, como, e em que medida, o Estado reconhece determinados bens (direitos) como essenciais ao ser humano? Quais os instrumentos de captura da essencialidade da norma jurídica que visam a dignificação do ser? Como se opera as relações entre o

sujeito destes direitos essenciais e os demais sujeitos, inclusive o Estado?

Inegável, mais uma vez, a identificação da proposta idealista e liberalista quanto a autodeterminação do ser, supostamente possibilitada pelas garantias jurídicas do Estado liberal, o qual prima, enquanto postulado, pela igualdade e liberdade do homem, provedores do “bem comum”.

A fim de sustentar a proposição do Estado como entidade provedora e protetora do bem comum, o direito passa a ser idealizado como técnica de organizar a força do poder, sem deixar o poder sem justificação, ou seja, há uma justificação maquiada pela ideologia, cuja função é determinar que esta “força” é para a realização da “paz social” e o “bem comum”, ocultando, deste modo, o fim dominativo e a manutenção da dominação classista e dos grupos associados a tais classes (LYRA FILHO, 2009, p. 22).

A teoria dos direitos da personalidade, enquanto instituto que garante e promove os bens jurídicos entendidos como necessários e fundamentais à construção do ser humano enquanto pessoa revela, claramente, um discurso ideológico, vez que, imprime a ideia de liberdade e igualdade entre os homens a partir do axioma formado pelo reconhecimento da dignidade, tangenciando, ainda, determinadas circunstâncias materiais formadoras de sua personalidade jurídica, necessárias, inclusive, à realização da própria dignidade humana.

Inegavelmente o reconhecimento da dignidade enquanto valor essencial ao ser humano é um consenso entre os teóricos do mundo contemporâneo. Contudo, em razão da problemática anteriormente exposta, a dignidade em si deixa de ser um problema jurídico, abrindo-se margem, no entanto, a uma problematização para além do seu mero reconhecimento, qual seja: qual dignidade que o Estado liberal burguês, e seus instrumentos, conseguem ou pretender proporcionar?

Há que se chamar a atenção ao fato de que o presente trabalho não tem pretensões de esgotar, em nenhuma medida, os questionamentos aqui alçados, mas explicitar o contra-argumento ao discreto charme do direito burguês, o qual supostamente reconhece, confere e tutela direitos de ordem personalíssimos e fundamentais, a partir dos dogmas jurídicos da liberdade, igualdade e dignidade.



Ainda, a referência ao pensamento marxista que busca a compreensão das relações entre o poder-capital-direito, tem por finalidade extrapolar as limitações do positivismo, denunciando, na mesma medida, o poder que desvenda os quadrantes da luta de classes, da tensão das relações de produção, permitindo uma visão crítica do fenômeno jurídico geral, pondo em cheque aqueles que tentam vender o direito como técnica neutra (NAVES, 2009, p. 50).

Assim, a partir dessa visão crítica do fenômeno jurídico, cumpre-nos abordar os postulados da liberdade, igualdade e dignidade, que justificam a existência de uma ordem normativa dogmática que imprime uma noção ideológica de fundamentalidade e personalidade jurídicas decorrentes da concepção de um bem comum.

O liberalismo político e econômico acaba por instaurar uma nova realidade na efetivação da ordem jurídica, e, via de consequência, nos direitos fundamentais do indivíduo, deixando, o Estado, de ser o único opressor dos respectivos direitos na medida em que o homem passa a se deparar com a liberdade em sentido negativo (LYRA FILHO, 2009, p. 131). A salvaguarda das circunstâncias necessárias à realização da dignidade da pessoa humana passa a ter uma vertente não mais, somente, frente às insurgências do Estado, mas inclusive, dos demais indivíduos.

Cumprir identificar, diante desta realidade, que a antinomia não se encontra na dignidade humana enquanto valor, mas sim na própria efetivação dos direitos que guarnecem o respectivo axioma, tendo em vista a necessidade da observância de circunstâncias materiais à sua consecução, bem como, ainda, da perspectiva mercantilista dos bens denominados jurídicos, entendidos pela dogmática jurídica, como essenciais e inerentes ao ser humano em todas as suas concepções.

Educação, saúde, alimentação, informação, a vida, a integridade física e psicológica, bem como os demais direitos dispostos como fundamentais e personalíssimos, dependem, à sua efetivação, de um determinado conteúdo, dada a forma contratual vazia da norma jurídica.

No intuito de estabelecer a preservação e a realização da dignidade humana, ainda, em razão do determinado conteúdo, digase, material, o Estado apresenta um conjunto mínimo de circunstâncias entendidas como necessárias à suposta inviolabilidade

pessoal mínima que possibilite o desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível, denominado de mínimo existencial (LYRA FILHO, 2009, p. 142).

Desta forma, concebe-se “*um direito a condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de interferência do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas*” (TORRES, 2009, p. 8).

Este conjunto de condições materiais mínimas reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença entre os homens, mas, também, do princípio da liberdade, uma vez que, a carência deste mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica supostamente lhe assegura (BARCELOS, 2008, 144).

Assim, dentro da perspectiva do direito positivo dogmático, em tese, o mínimo existencial é indispensável à constituição de uma “verdadeira condição da liberdade”, garantindo a própria realização da natureza humana (BARCELOS, 2008, 155).

Veja-se, em análise às disposições normativas, que a núcleo jurídico da tutela da dignidade da pessoa humana está centralizada na indispensabilidade de determinados bens materiais, evidenciando, claramente, que a fundamentação jurídica da dignidade humana pressupõe condições eminentemente materiais (BARCELOS, 2008, p. 155-156), e, via de consequência, de seu caráter mercantil, a medida que os bens que guarnecem o conteúdo axiomático da dignidade encontram-se disponíveis nas relações econômicas, e, portanto mercantis, consagrando, do mesmo modo, a tese marxista do caráter mercantil e da venalidade universal dos bens jurídicos, bem como da tese pachukaniana do caráter histórico da forma jurídica.

O Estado liberal burguês transforma todos os bens, inclusive os jurídicos, em mercadorias, e, portanto alienáveis. Ou seja, tudo passou a ser comércio. Igualdade, liberdade, integridade, moral, imagem, saúde, alimentação, educação, assim como todos os demais bens jurídicos, foram convertidos em valores venais e levados ao comércio para serem apreciados por um valor econômico, e, sobretudo, pelo contrato (MARX, ano, p. 35).

Ora, a questão, portanto, evidencia o caráter procedimental do formalismo jurídico, uma vez que, consignada a forma vazia da norma, a determinação do conteúdo normativo se dará pela via

contratual. Assim, o instrumento de captura do conteúdo normativo é essencialmente privado (contrato), tendo em vista que a disposição dos bens que irão compor o núcleo substancial da norma esta baseada em uma relação estabelecida entre os proprietários de mercadoria, e, portanto, fundada na lógica mercantil.

De igual modo, afasta-se a perspectiva tendente a reconhecer uma estrutura superior às relações sociais e, sobretudo, econômicas, de caráter natural e universal, como no pensamento jusnaturalista. *O direito, tanto em sua forma, quanto em seu conteúdo, como algo inscrito de qualquer maneira na própria natureza reduz o homem como mero expectador que nada pode alterar* (NAVES, 2009, p. 57), e a história demonstra, do ponto de vista das abordagens tradicionais do direito, que houve uma alteração jurídica relativa ao seu conteúdo, fazendo com que as teorias jurídicas tradicionais, sejam jusnaturalistas, sejam normativistas, percam a capacidade de explicar a especificidade do direito em cada período e, em especial, de explicar a especificidade do direito em sua formação mais acabada e complexa, relativa à sociedade burguesa (NAVES, 2009, p. 57).

Surge, então, a figura do Estado provedor dos direitos fundamentais do homem, pautados no reconhecimento e tutela da dignidade humana, assegurando um mínimo de condições existências materiais àqueles que não têm possibilidades de provê-las.

Ao analisar o respectivo discurso identifica-se, mais uma vez, parcela ideológica, na medida em que o instituto do mínimo existencial, além de negar a própria dignidade daquele que não tem quaisquer condições materiais de provê-la, revela, em última análise, a impossibilidade da manutenção e qualquer ideia tendente a reconhecer a igualdade dos homens.

A dignidade humana, assim como os demais bens jurídicos de que dependem da disposição contratual para serem atingidos pela forma jurídica, estão assentados na ideia de que todos os homens são iguais, ou seja, capazes de dispor livremente de seus bens no mercado, de modo que a mesma forma jurídica determina que as relações sociais sejam estabelecidas entre proprietários de mercadorias (NAVES, 2009, p. 38-39).

Segundo Pachukanis, o trabalhador assalariado *aparece no mercado como livre vendedor de sua força de trabalho e esta é a*

*razão pela qual a relação de exploração capitalista se mediatiza sob a forma jurídica do contrato* (PACHUKANIS, 2009, p, 133).

Neste sentido, observa-se que os conceitos de sujeito e de mercadoria encontram-se muito próximos, se não idênticos, uma vez que a mercadoria (força de trabalho) adquire valor independente da vontade do sujeito em razão das relações sociais serem relações econômicas, e, ainda, não sendo possível a identificação da força de trabalho alheia ao próprio indivíduo, há, via de consequência, a identificação entre este e a mercadoria.

Assim, tendo em vista que no Estado burguês o homem se torna mercadoria, todas as disposições jurídicas mercadológicas estão baseadas na forma contratual, uma vez que a forma jurídica é representada pelo contrato, fazendo com que o direito e, conseqüentemente, os interesses, sejam eminentemente privados, inexistindo, desta forma, qualquer noção de bem comum e igualdade.

De igual modo, a própria ideia de liberdade é revestida de uma ideologia necessária à manutenção da dominação do Estado liberal burguês, tendo em vista que sociedade capitalista faz com que o sujeito perca o sentido e a consciência, arruína-se, conseqüentemente, a liberdade, na medida em que a materialidade econômica da vida, aliada ao formalismo jurídico, aniquila toda e qualquer condição de escolha para além do capital. As imposições da sociedade de consumo arquiteta a pulsão humana. O homem é impelido a adquirir e alienar, constantemente, a fim de que se tenha a “concepção” de pertencimento e liberdade.

O discurso jurídico firma a liberdade de agir e pensar entre os homens, desde que se aja e se pense de acordo com as determinações da classe dominante, estabelecendo, assim, formas autorizadas de pensamento. O direito, instituto que fundamenta à dominação e manutenção do poder, é o primeiro limite à ação do homem, sendo, ainda, de competência absoluta do Estado, que é dirigido pela classe dominante. Na mesma medida, considerando que o complexo social é gerido pela classe dominante, todo o modelo de pensamento será orquestrado segundo os seus interesses, que, manuseado ideologicamente, concebe os interesses particulares como interesses comuns.

A caracterização do normativismo jurídico dogmático se revela na medida em que as premissas de valor que se referem às condições sociais e nelas se realizam, só podem ser pressupostas

como direito válido quando se decide sobre elas, levando-se em conta, ainda, critérios pragmáticos e utilitaristas, ou seja, há propriamente a eleição dos valores determinantes do interesse da classe dominante, que em tese, maximiza o prazer e diminui o sofrimento da classe oprimida. Daí, se entender por positividade do direito o fenômeno pelo qual todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir validade jurídica (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 524).

Este processo decisório parte da concepção de sistema social como uma estrutura complexa, sendo definida por Tércio Sampaio Ferraz Junior como:

O conjunto de acontecimentos possíveis, como a existência de alternativas, possibilidades de variação, de ausência de consenso, de conflitos, do que segue que a estrutura social institucionalizada, em certos limites, contradições, mudanças e a possibilidade de ocorrência (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 524).

Considerando que o Estado burguês é composto por duas distintas, pautados nos proprietários dos meios de produção, e aqueles que não são, pressupondo a sua sistematização e ordenação a partir do conflito entre essas classes, sobressaindo-se a classe dominante, que detém o poder, a estabilização das expectativas sociais será obtida pela própria prevenção da possibilidade e alteração da ordem, sem alterar a estrutura contratual (fundamentação), mantendo, assim, a ilusão dos interesses privados como interesses comuns.

A ideologia instrumentaliza o poder que aparece no sentido jurídico, quando, a partir de um campo de possibilidades normativas, uma delas é escolhida pela decisão movida por um interesse particular, que é aceita por outros (dominados) como premissa de suas próprias decisões. Assim a possibilidade de desdobramento do poder e de sua repartição no sistema, dependem de como as alternativas, que devem ser evitadas, deixam-se combinar umas com as outras ou umas contra as outras, mantendo-se a sobrevivência do sistema, ou seja, sua funcionalidade, como condição da decisão (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 525).

À luz desta concepção, normas jurídicas, ou, ainda, teorias jurídicas, constituem-se em meros modelos operacionais, isto é, não são, pura e simplesmente, esquemas ideais, pois a normatividade que deles expressam abstratamente se articulam em fatos e valores engendrados a partir de interesses privados, ainda, através de um resultado de aferição da previsibilidade do comportamento da classe oprimida e também necessário à sobrevivência do sistema. A operacionalidade do modelo significa, outrossim, que as regras de comportamento e os seus objetivos não são fixados *a priori*, o direito não constitui um *a priori* formal da vida social, mas é, ao contrário, resultado de um processo seletivo, eleito por aqueles que estão à frente do Estado (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 525-526).

Assim sendo, a teoria dos direitos da personalidade compõe este sistema que mantém a efetivação dos interesses particulares da classe dominante, ocultando, via de consequência, as razões das desigualdades entre os homens, conferindo aos mesmos, direitos que somente poderão ser resguardados com a consecução de condições materiais, ou seja, uma teoria jurídica que prevê valores essenciais ao ser humano, bem como direitos que guarnecem a sua própria condição como pessoa (inatos) a partir da observância de determinadas condições materiais é preservar o interesse daqueles que detêm respectivas condições, sendo, portanto, particulares, impedindo, conseqüentemente, qualquer tentativa de firmar a ideia de interesses comuns.

A tutela da pessoa humana a partir de direitos reconhecidos como personalíssimos e fundamentais é relativizada a partir da (im)possibilidade material do Estado em garantir determinadas condições mínimas de existência, negando, em última análise, qualquer proposta de dignificação para a além do capital, diante da ausência de liberdade e igualdade verificadas.

Desta forma, a institucionalização da tutela da dignidade da pessoa a partir do Estado Liberal, e, sobretudo, da forma jurídica, desponta a ilusão arquitetada pela classe dominante, através do direito. A proteção da dignidade humana no intuito de estabelecer a liberdade e a igualdade entre os homens revela meros ideais liberais com fins de manter a luta de classe.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de toda a abordagem feito ao longo do presente trabalho, observa-se que a identificação do Estado Liberal como instituição soberana que tem à sua disposição o monopólio da violência, ou seja, a exclusividade para dizer o que de direito, levamos a concluir que a ideologia imprime a concepção de um “bem comum” que deve ser garantido pelo Estado a partir da disposição das normas jurídicas. Para tanto, no que tange a tutela da dignidade da pessoa humana, tanto no sentido fundamental, quanto personalíssimo, o Estado Liberal postula, *a priori*, determinadas *qualidades* (liberdade, igualdade, e, dignidade) entendidas como inerentes à pessoa humana, revestindo-as de coercibilidade, no sentido de garantir tais condições ao *sujeito de direito*, a fim de, supostamente, garanti-las, e, na mesma medida, a autodeterminação do ser.

Contudo, os questionamentos, e os fundamentos apresentados, revelam, em última análise, que o Direito compõe-se de mera forma, dada inexistência de substância essencial da norma jurídica, dependendo, desta maneira de um instrumento que tenha por finalidade, o preenchimento da forma jurídica, qual seja, o *contrato*.

Dentro dessa perspectiva, o Estado, ao definir a ideia de “bem comum” e suas guarnições, depende de uma disposição de vontade que decide sobre o respectivo conteúdo, implicando, necessariamente, na subversão do direito público em direito privado, uma vez que só há a possibilidade de dispor a quem é proprietário.

Assim, considerando a existência da dominação, e que poucos exercem o controle social sob a batuta de seus interesses materiais, submetendo toda a maioria à norma, o direito enquanto instrumento ideológico sedimenta o processo de controle, que, não obstante, pelo apontamento cirúrgico de Marx e Pachucanis, marco teórico do presente trabalho, permite uma fagulha de luz no nihilismo da ideia de essencialidade substancial e da autodeterminação. A transfiguração do homem em mercadoria passa a ser inevitável nesse viés.

Assim, se os interesses comuns são garantidos através do direito, que é dito pelo Estado, evidentemente, que os respectivos interesses, diga-se, privados, serão reflexos dos interesses da classe que manipula o Estado, fazendo por instituir, ideologicamente

interesses particulares em interesses comuns, sendo delimitados e fixados, a partir do decisionismo político-normativo.

## REFERÊNCIAS

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. 7ª ed. ver. Atual. Editora Brasiliense: São Paulo, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 11ª ed. Editora Brasiliense : São Paulo, 1982.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. amplamente revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Manole: Barueri, 2007.

NAVES, Márcio Bilharinho Naves (org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Unicamp, 2009.

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. São Paulo: Escala, 2007.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. – 1ª ed., 4. Reimpr. – São Paulo: Boitempo, 2012

PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Soreval Martins, Coimbra, Centelha: 1977.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 1ª ed. Rio de Janeiro: 2009.



# A PAZ INTERNACIONAL COMO DIREITO HUMANO

*Emerson Clairton Santos*<sup>99</sup>

*Juliana Heloise Tavares Santos*<sup>100</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 retoma os ideais construídos na Revolução Francesa. Representa o reconhecimento histórico e universal dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens.

A transformação desses ideais em direitos efetivos tem sido realizada gradativamente nos planos internacional e nacional.

O reconhecimento universal dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos, integrado por tratados internacionais de proteção, que refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados.

A importância dos Pactos e das Convenções Internacionais se expressa em razão do caráter normativo que possuem nos ordenamentos jurídicos dos países, em especial, do Brasil.

Os direitos humanos são inerentes à própria condição humana.

---

<sup>99</sup> Mestre em "Teoria do Direito e do Estado" pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Membro do grupo de pesquisa "Direitos Fundamentais Sociais". Membro do grupo de pesquisa "Ética do Afeto". Coordenador do grupo de pesquisa "Direitos Humanos e Fundamentais" e, Docente pela Faculdade de Direito de Birigui - FABI. Advogado militante. email: <eclairton@bol.com.br >

<sup>100</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Católica Salesiano Auxillum - UNISALESIANO. <email:juliana\_h\_tavares@hotmail.com>

Não se ligam às particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Quando reconhecidos pelas autoridades legislativas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional, ou seja, quando são positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais, passam a ser chamados de direitos fundamentais. Esses, por sua vez, compõem uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana.

Desde os tempos remotos, ou seja, desde a era cristã, a dignidade da pessoa humana vem-se solidificando.

O pensamento kantiniano concretizou-se no plano Internacional dos Direitos Humanos, fundamentado no valor da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana e, no plano dos constitucionalismos locais, concretizou-se na força normativa dos princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a partir do vigente texto constitucional é que a dignidade da pessoa humana passa a ser observada, promovendo uma reestruturação da dogmática jurídica por meio da afirmação da cidadania.

Assenta-se sobre a noção de se valorizar cada vez mais a pessoa humana. Em vista disso, é de considerar que a dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica.

O papel do Brasil no que diz respeito aos Direitos Humanos, é de fundamental estima para a compreensão da legislação pátria e sua participação nos tratados que envolvem Direitos Humanos, assim, buscar-se-á examinar posicionamento que contribuem com o direito internacional para a manutenção da paz.

Dessa forma, esta pesquisa é movida dentro de uma perspectiva humanística e para analisar a dignidade humana como princípio fundamental, em sua dimensão internacional e nacional, que comunica a responsabilidade de cada ser humano de ter respeito à dignidade do outro.

Far-se-á, portanto, uma análise de pontos que são relevantes para verificação da manutenção da paz internacional.

O enfoque da investigação é, assim, refletir sobre a preocupação com o futuro dos direitos inerentes a pessoa enquanto

ser humano, frente aos conflitos que norteiam o âmbito internacional, tema estes relevantes para aplicação dos princípios resguardados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos para a continuidade e conservação da paz.

## 2 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A presença do Direito Internacional no ordenamento jurídico é cada vez mais constante. O atual processo de globalização fez com que o comércio entre os países crescesse em larga escala e vem, de forma positiva, integrado as economias mundiais e flexibilizando o movimento de mercadorias e de capitais entre os países.

É forçoso reconhecer o Direito Internacional precisou de muito tempo para se consolidar como ciência, neste processo passou por diversas modificações possibilitando a inclusão de princípios e normas de Direito Internacional, que regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz<sup>101</sup>.

No ângulo estritamente jurídico, no campo das relações internacionais, os Direitos Humanos são responsáveis pela possibilidade de garantia do mínimo existencial, e também, agir diante de uma inevitável intervenção internacional, compreendem ainda uma série de considerações intrínsecas à pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, sexo, idioma, religião ou outra categoria, não há minimização de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, em especial o seu direito à vida, posto que, são direitos inerentes à existência.

Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional.

Consolida-se o movimento do “Direito dos Direitos Humanos”, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

A comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse

---

<sup>101</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.68-69.

e preocupação com a pessoa humana, a valorização dos direitos naturais e fundamentais, conforme ensina Flávia Piovesan<sup>102</sup>:

é notória a “(...) reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”

Por intermédio da devastação causada pela Segunda Guerra mundial, o valor intrínseco à pessoa humana foi reconhecido e motivou a instituição de diversos princípios e normas reguladoras, conseqüentemente, o processo de adesão de normas internacionais pelo ordenamento jurídico também se solidifica através da internacionalização dos direitos humanos.

### 3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANISTAS

O direito natural ou humanista representa um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva, de modo que o direito natural teria preeminência sobre o direito positivo, uma vez que este se caracteriza pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço<sup>103</sup>.

No século XIX cai o legado pelo jusnaturalismo, o seja, o direito natural foi perdendo significado à ideia de outro direito que não o direito dos códigos e da Constituição.

A codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo.

O positivismo esteve ligado, inegavelmente, à necessidade da proteção dos direitos humanos por meio de uma ação mais contundente contribuiu para a internacionalização dos Direitos Humanos, um a vez que, “na criação da sistemática normativa de

---

<sup>102</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

<sup>103</sup> POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaio a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui/SP: Boreal, 2011, p.05.

proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos<sup>104</sup>.

As guerras motivaram as normatizações referentes ao direito inerente à pessoa humana, o que possibilitou a internacionalização de matérias ligadas aos direitos inerentes à condição humana, o § 3º do art. 5º da CF/88 dispõe sobre tratados e convenções internacionais quanto aos Direitos Humanos, e, portanto, apregoa a constitucionalização de normas internacionais.

Assim, as normas de âmbito internacional aderidas por instrumentos normativos do Estado passam pelo processo de constitucionalização, e a internacionalização seria a ampliação das normas de Direito Internacional que se iniciaram principalmente através da Declaração dos Direitos Humanos.

#### **4 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Na busca de um novo estatuto, o jusnaturalismo deixou de refletir a vontade divina para legalizar as ações humanas, ainda que patrocinadas pela fé, propiciou o surgimento das Declarações de Direitos Humanos do século XVIII.

Nele, os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes.

A positivação desses direitos nas constituições se inicia no século XVIII com a Revolução Francesa, almejava, pelo menos teoricamente, conferir-lhes uma dimensão permanente e segura.

Acreditava-se em que essa dimensão seria o dado de estabilidade que serviria de contraste e tornaria aceitável, no tempo e no espaço, o direito positivo<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.32.

<sup>105</sup> POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). **In Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaios a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui/SP: Boreal, 2011, p. 6.

O primeiro marco dos direitos humanos, no âmbito constitucional, foi a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, limitando os poderes absolutos do rei.

Os norte-americanos enunciaram pioneiramente os direitos humanos, na Declaração de Independência de 1776. Aos franceses revolucionários de 1789, na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, coube à tarefa de dar um tom mais discursivo e ampliar explicitamente elenco, tônica repetida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>106</sup>.

A ideologia da Revolução Francesa era marcada pelos ideais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

Essa ideologia refletia as aspirações burguesas no sentido de almejar a liberdade individual, entendendo ser ela a base para alcançar seu desenvolvimento econômico. No mesmo sentido, visavam à igualdade sob a ótica jurídica, com o intuito de lutar contra as discriminações de classes.

Por fim, a fraternidade era, especialmente, direcionada aos trabalhadores, para que esses os apoiassem e lutassem conjuntamente na revolução.

Os ideais liberais retratavam a luta da burguesia em favor do não intervencionismo do Estado na ordem econômica. Nascia, assim, o Estado Mínimo, caracterizado pela intervenção mínima do Estado na ordem econômica.

Após a Segunda Guerra Mundial, que acarretou profundas alterações nas comunidades internacionais, surgiram as manifestações favoráveis ao direito às prestações positivas do Estado, fato que, na visão de Delgado<sup>107</sup>, culminou na passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.

O Estado Social caracterizava-se pelo intervencionismo econômico, almejando a realização efetiva dos princípios da liberdade e igualdade material em detrimento da formalidade que permeava o Estado Liberal.

---

<sup>106</sup> FILOMENO, José Geraldo. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 7ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 238.

<sup>107</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 48.

Para a efetividade desses princípios, o Estado deveria passar a ter conduta obrigacional positiva diante dos cidadãos, ou seja, “[...] surge uma nova convergência de direitos, envolvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada”<sup>108</sup>.

Sarlet<sup>109</sup> enfatiza que:

[...] boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade, notadamente a coletiva e difusa) à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da via e outros bens fundamentais contra ingerência por parte do estado e dos particulares.

A titularidade não mais pertence ao indivíduo, antes, muitas vezes é indefinida e indeterminada a sua titularidade, o que não significa, advirta-se, a impossibilidade de exercício individual desses direitos, mas que a titularidade não é exclusiva de um, de alguns ou de um grupo; ao revés pertence à sociedade mundial, ao ser humano, tendo na humanidade seu destinatário último.

Em junho de 1945, aprovou-se a Carta das Nações Unidas destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados em defesa da paz mundial, surgindo a ideia de formular um documento que fixasse as diretrizes de reorganização dos Estados. Em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A propósito, merece destaque a lição de Bonavides<sup>110</sup> de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o estatuto da liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a

---

<sup>108</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115-116.

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59-60.

<sup>110</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 578.

esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

Para Dallari<sup>111</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou três objetivos: a certeza dos direitos, a segurança dos direitos e a possibilidade dos direitos:

Os direitos humanos conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável<sup>112</sup>.

No mesmo sentido, Piovesan<sup>113</sup> sustenta que os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Trata-se de uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Para essa autora, a universalidade é no sentido de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana, constituindo o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A indivisibilidade ampara a ideia de uma visão integral de direitos, de forma que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, não havendo, portanto, classes de direitos.

Giacoia Junior<sup>114</sup> denuncia:

---

<sup>111</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 213.

<sup>112</sup> POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaio a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui/SP: Boreal, 2011, p. 7.

<sup>113</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4-11.

<sup>114</sup> GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: **Kriterion, Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 118, Dez. 2008, p. 273.



[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas seriam marcos históricos inequívocos do reconhecimento da dignidade inerentes a toda pessoa humana, bem como a garantia de direitos iguais e inalienáveis, como fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo, preservando as futuras gerações de seres humanos da repetição dos flagelos da guerra e da barbárie.

Cumpre salientar que o pensamento kantiniano, na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, concretizou-se no plano Internacional dos Direitos Humanos, fundamentado no valor da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana e, no plano do constitucionalismo Estado, concretizou-se na força normativa dos princípios, tendo como eixo a pessoa humana<sup>115</sup>.

Importa dizer que a positivação do princípio é recente, considerando as origens remotas a que ela pode ser reconduzida<sup>116</sup>.

A partir daí, a ciência jurídica passa, então, a formular proposta de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões.

As características centrais deste novo paradigma de compreensão e aplicação do Direito, segundo Sarmento<sup>117</sup>, seriam:

Valorização dos princípios, adoração de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem validade como qualquer contrato, especialmente por conta dos dois pactos, o

---

<sup>115</sup> Flávia, Piovesan. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 273.

<sup>117</sup> SARMENTO, Daniel. **Livre e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen, 2006, p. 2.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>118</sup>.

Filomeno<sup>119</sup> faz a constatação de que mais vale o efetivo respeito aos direitos humanos do que sua declaração ou reconhecimento formal pela maioria dos países.

No mesmo sentido, Dallari<sup>120</sup> destaca que o problema nuclear, e ainda não resolvido, é o da consecução de eficácia das normas de Declaração de Direitos.

Sabe-se que essas normas devem ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela formalização legislativa; no entanto, inexistindo um órgão que possa impor sua efetiva aplicação ou impor sanções em caso de inobservância, muitas vezes os próprios Estados que subscreveram a declaração agem contra suas normas, sem que nada possa ser feito.

Por esse fato, os Estados têm adotado incluir nas próprias constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem eficácia plena.

Bonavides<sup>121</sup> preceitua que a Declaração será um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e, sobretudo, produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

---

<sup>118</sup> POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaio a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui/SP: Boreal, 2011, p. 7.

<sup>119</sup> FILOMENO, José Geraldo. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 7ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 238.

<sup>120</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 213.

<sup>121</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 574-578.

## 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como principal elemento que estrutura, unifica e exige a proteção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988.

Nesse sentido, Sarlet<sup>122</sup> ensina que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa. Dessa forma, pode-se dizer que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo da dignidade da pessoa. Essa dignidade, na condição de valor e princípio normativo fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, quando não reconhecidos os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

A maioria dos direitos fundamentais individualmente considerados é marcada por uma diferenciada amplitude e intensidade no que diz com sua conexão com a dignidade humana. Os direitos fundamentais (individualmente considerados) subsequentes, assim como os objetivos estatais e as variantes das formas estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço<sup>123</sup>.

A seu turno, Gomes<sup>124</sup> sustenta que a dignidade da pessoa humana é a medida ou centro de gravidade de toda construção dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo diapasão, Luís Roberto Barroso<sup>125</sup> ensina que a dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores

---

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96-97.

<sup>123</sup> HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.009, p. 81.

<sup>124</sup> Gomes, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: Um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47

<sup>125</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (Org.). In **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar Boreal, 2003, p. 38.

civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.

Nesse ínterim, Sarlet<sup>126</sup> destaca um importante papel a ser cumprido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, quando funciona como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional, tendo em vista que a Constituição de 1988 consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, o que significa dizer que, além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional, sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de diretriz material para a identificação de direitos implícitos que podem ter o status de direitos fundamentais.

Na esteira dos ensinamentos de Sarlet<sup>127</sup>, sempre que se estiver diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada à dignidade da pessoa, inequivocamente estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental. Todavia, deve ocorrer devida cautela por parte do intérprete, ao ampliar o elenco de direitos fundamentais da Constituição, sob pena de eventual desvalorização dos direitos fundamentais.

Não é por outro motivo que podemos afirmar que os direitos fundamentais “[...] estão ligados, como parece óbvio, a sua ‘fundamentalidade’, que pode ser vista nos sentidos material e formal. Essa última está vinculada ao sistema constitucional positivo”<sup>128</sup>

Não há como desconsiderar a circunstância de que, justamente pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau da dignidade da pessoa, a expressiva maioria dos autores e especialmente das decisões judiciais acaba por referir a dignidade da

---

<sup>126</sup> \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 117-119.

<sup>128</sup> MARIIRONI, Luís Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

pessoa não como fundamento isolado, mas vinculado à determinada norma de direito fundamental.

Dessa forma, constituindo os direitos e garantias fundamentais concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana diante de um caso concreto, é possível sondar, primeiramente, a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, fato que favoreceria a redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que, em se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão prévia em favor da explicitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa, naquela dimensão específica, e da respectiva necessidade de sua proteção.

Com base na doutrina alemã, Sarlet<sup>129</sup> contextualiza uma proposta de pragmatização do conceito de dignidade da pessoa humana, como sendo uma cláusula geral da dignidade da pessoa humana que, em termos gerais, acaba se viabilizando em termos técnico-jurídicos por meio dos direitos fundamentais em espécie, o que acabaria simplificando a retórica vaga e, em alguns casos, até mesmo vazia de maior conteúdo da dignidade da pessoa humana, que, entretanto, não perderia a condição de garantia autônoma.

A natureza integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e das demais normas de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, nossos tribunais têm proferido decisões utilizando-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, na solução das controvérsias, especialmente no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente.

Assevera Sarlet<sup>130</sup> que, não raras vezes, as decisões apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional, demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, apesar das intenções nobres do órgão julgador, contribui para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 120.

<sup>130</sup> *Ibidem*, 91-95.

princípio, em detrimento da sua maior eficácia e efetividade. Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental, tem sido considerada na esfera jurisprudencial, como referencial hermenêutico.

O que se percebe das premissas estabelecidas é que o princípio da dignidade da pessoa humana guarda íntima conexão com os direitos humanos da criança, assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No mesmo sentido, afirma-se que a dignidade da pessoa guarda relação e concretiza os direitos fundamentais, notadamente representados pelos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, sem prejuízo dos citados direitos de quarta e quinta dimensões, os quais não serão aprofundados, dado o recorte do tema e não pela ausência de importância.

A pessoa é digna, pois é um ser livre.

Liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável. O princípio da autonomia é fundamental em Kant para compreender a sua concepção de dignidade. (...) Se tal conceito não é demonstrado pelo dogmatismo de Kant, esclareça-se, no entanto, que essa autonomia não é sinônimo nem de individualismo, nem de relativismo, muito antes pelo contrário. A investigação primordial de Kant é universal. Para ele, o homem é autônomo quando seus atos são feitos em conformidade com a lei moral. Ora, esta é universal. O homem age de forma livre quando obedece à razão, e não à sua razão. A intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, de qualquer paixão egoísta. (...) Segundo Kant, o homem livre não é um homem que pode fazer tudo, decidir tudo. A lei moral, conhecida pela razão, exprime, para Kant, uma conclusão necessária. Se a pessoa não chega a ela, é porque algo a está impedindo de fazê-lo. Assim, se a pessoa fica alienada, ela não é mais livre. Ele não chega a dizer que ela perdeu a sua dignidade<sup>131</sup>.

O respeito à dignidade da pessoa humana traduz-se pelo respeito à liberdade humana. A liberdade engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro. O reconhecimento da dignidade do outro, por sua vez, é muito mais difícil. Esse princípio ultrapassa,

---

<sup>131</sup> MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

portanto, tanto os deveres do Estado como os do indivíduo. Ele torna necessária a solidariedade<sup>132</sup>.

Opor a liberdade à dignidade é ter uma concepção fracionada do homem; é não compreendê-lo em sua totalidade. Uma liberdade compreendida sem a responsabilidade seria uma liberdade alienada. Uma dignidade que não considerasse a liberdade do homem seria uma dignidade truncada. O conceito de dignidade mais amplo que o de liberdade poderia, de fato, servir de motor à interpretação do direito<sup>133</sup>.

Sarlet<sup>134</sup> ensina que o reconhecimento e a proteção da identidade pessoal, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual, concretiza-se no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, e por todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, revelando a íntima conexão da dignidade com os direitos de personalidade em geral.

Igualmente, o direito de igualdade tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Sarlet<sup>135</sup> salienta que é por esse motivo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou e universalizou o entendimento de que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Esse constitui, portanto, pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana à garantia da isonomia de todos os seres humanos.

Mauer<sup>136</sup> traça um interessante paralelo entre dignidade e igualdade, quando assevera que a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. É porque cada homem é dotado da dignidade de pessoa que todos são iguais. Assim, negar a alguém a dignidade significa considerá-lo como inferior e, portanto, não mais como um ser humano. Dessa forma, a dignidade não é algo relativo; a

---

<sup>132</sup> Ibidem, p. 134-135.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>136</sup> \_\_\_\_\_. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa.

Consoante Gomes<sup>137</sup>, há uma relação de complementação e reciprocidade entre liberdade, igualdade e solidariedade, figurando como vetores axiológico-normativos para a compreensão do todo, sendo importante nada melhor do que analisar as "ideias-chave" que orbitam ao redor de cada um, a fim de que o ideal de proteção da pessoa humana seja devidamente atingido. E estas "ideias" são a autonomia (como núcleo da liberdade), a necessidade (como obstáculo à igualdade), e a escassez (como estímulo à solidariedade).

Por fim, vale acrescentar as lições de Mauer<sup>138</sup>, que nos revela duas importantes dimensões do termo dignidade, sustentando haver a dignidade fundamental da pessoa e a dignidade da ação, também denominada atuada, quando se estabelece uma distinção entre a pessoa e seus atos, entre a pessoa e sua personalidade, isto é, aquilo que ela faz dela própria por meio dos atos que apresenta ou que sofre.

Quando o homem é tratado ou age indignamente, diremos que sua dignidade atuada foi atingida; no entanto, ele continua sendo uma pessoa plenamente dotada de dignidade fundamental, da mesma forma que toda a pessoa humana (...). O aspecto "actual", que passa pelos atos, da dignidade da pessoa humana, confere ao termo uma dinâmica que não lhe haviam dado os filósofos para os quais a dignidade era um a priori fundamental. Com efeito, a dignidade necessita não apenas, e principalmente, de uma realização pelos atos verdadeiramente humanos, mas também das condições externas que lhe permitirão essa atuação, circunstâncias afetivas, sociais, econômicas, estatais, etc.<sup>139</sup>.

Por ser direito imperativo da dignidade da pessoa humana, decorrem alguns deveres de proteção. Em quaisquer circunstâncias, a dignidade fundamental do homem não pode ser atingida, sendo

---

<sup>137</sup> Gomes, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: Um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51.

<sup>138</sup> MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 138.

<sup>139</sup> Idem, p. 138.



contrário à dignidade de um indivíduo atingir, por meio de atos, a dignidade de outra pessoa. A indignidade de alguns atos pode fazer com que o sujeito perca a sua dignidade "atuada". Aos Estados, o dever de adotar as medidas afirmativas necessárias para assegurar uma efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas. Não respeitar a própria dignidade tem, portanto, importantes consequências em matéria de direitos humanos. A dignidade exige reciprocidade. Ela exige o respeito ao outro, aos deveres de solidariedade<sup>140</sup>.

Conclui-se, portanto, a conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Nesse desencadear de ideias, na atual etapa de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conclui-se que para a verdadeira efetividade dos direitos do homem, é mister observar e tutelar o direito mínimo existencial previsto em documentos constitucionais ou internacionais.

## **6 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E PROMOÇÃO DA PAZ INTERNACIONAL**

A introdução da ideia é realizada com o intuito de favorecer reflexões a respeito de como a fraternidade, assim entendida como máximo ideal humanitário, exposto no artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos, é capaz de inspirar as relações jurídicas que atuam no campo dos Direitos Humanos e o quanto isso pode auxiliar na promoção da paz, à medida que serve como um farol a amparar a humanidade, na busca da felicidade, à paz e à harmonia com outras pessoas e Estados.

Nessa linha de raciocínio, a Carta das Nações Unidas com um olhar amigável e solidário intentou um discurso em prol da paz, haja vista que a experiência vivida pelo mundo motivou as intenções contidas na referida Carta a "praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais" (CARTA das Nações Unidas, 1945).

O multiculturalismo mundial é responsável pelas vertentes doutrinárias que buscam explicar a aplicação das normas de interesse internacional, inclusive, os fenômenos da globalização que

---

<sup>140</sup> Ibidem, p. 139-140.

contribuem de forma significativa para a expansão da virtualidade e tecnologicidade<sup>141</sup>.

Essa globalização não se restringe apenas aos aspectos tecnológicos, mas também a globalização dos direitos fundamentais que caminham com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a efetivação de seus objetos de estudo, visualizando-se que a globalização de direitos e a globalização tecnológica baseiam-se sob análise da sociedade internacional.

Aponta Bonavides que, os Direitos fundamentais ganharam uma nova universalidade, possibilitando a solidificação dos direitos sem exclusão por este ou aquele motivo, independente de sua localização geográfica, acoplando a “(...) tríplice geração na titularidade de um indivíduo (...) é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade”<sup>142</sup>.

Por conseguinte, a observação dos fenômenos do mundo globalizado e do cenário cultural diversificado da comunidade internacional em desenvolvimento, faz-se necessária ao verificar posicionamentos internacionais em apreço ao ser humano e a manutenção da paz internacional sob a ótica dos princípios de Direitos Humanos cuja finalidade resume-se ao respeito mútuo entre os Estados.

Sabe-se que a vontade é a força que move os Estados a pactuarem ou não normas que contextualizam a adequação de uma ordem internacional em evolução.

Immanuel Kant aponta que “Esta facilidade para fazer a guerra, unida à tendência dos detentores do poder que parece ser congênita à natureza humana, é, pois, um grande obstáculo para a paz perpétua”<sup>143</sup>, tal paz só se consolidaria pelo autor, através da anuência dos Estados.

---

<sup>141</sup> BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.25-114.

<sup>142</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 573-574.

<sup>143</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795)**. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p.7.

Jurgen Habermans<sup>144</sup>, por sua vez, explica que a ideia de paz perpétua de Kant acrescentou ao Direito Público e ao Direito Internacional o direito cosmopolita, de forma que a “a ordem republicana de um Estado constitucional baseado sobre direitos humanos não exige apenas uma imersão atenuada em relações internacionais dominadas pela guerra”, atribui maior importância “a condição jurídica no interior de um mesmo Estado deve antever como término para si mesma uma condição jurídica global que una os povos e elimine as guerras”.

Atualmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui para controle e conquista da paz internacional frente à modernização da humanidade, o discurso de Immanuel Kant<sup>145</sup> de forma interessante enfatiza que “(...) entre todos os poderes (meios) subordinados ao poder do Estado, o poder do dinheiro é decerto o mais fiel, os Estados veem-se forçados (não certamente por motivos da moralidade) a fomentar a nobre paz e a afastar a guerra”<sup>146</sup>, acrescenta ainda que “(...) a natureza garante a paz perpétua através do mecanismo das inclinações humanas; (...) não é suficiente para vaticinar (teoricamente) o futuro, mas que chega, no entanto, no propósito prático”<sup>147</sup> cuja finalidade é atingir o objetivo para alcançar a paz.

A preocupação com os fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a paz internacional e com o futuro da humanidade, conclama por uma conscientização para a conquista e manutenção da paz como meio para construção de uma sociedade internacional equilibrada.

Portanto, a paz jamais deve ser desmerecida, a sua manutenção é fator primordial para a condução do futuro da humanidade.

---

<sup>144</sup> HABERMAS, Jurgen. **A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos e Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral**. In: A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002, p.185.

<sup>145</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795)**. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p.31.

<sup>146</sup> Idem, p. 31.

<sup>147</sup> Idem, p. 31.

## 7 MANUTENÇÃO DA PAZ INTERNACIONAL

Permeada por vários desfechos históricos a paz é estudada desde os tempos mais remotos, através de inúmeros posicionamentos filosóficos, e, devido a sua importância, consequência do pós-guerra, é discutida até os dias atuais, pois, ao movimentar os objetivos pautados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos para a conquista da paz internacional torna-se primordial para o desenvolvimento humano, interestatal e internacional.

A manutenção da paz é responsabilidade primária do Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>148</sup>, de maneira que seus Estados-membros devem cooperar com a ONU praticando a prevenção de conflitos, sendo que as operações de paz da ONU consolidam gradativamente a conservação da paz “permitindo que o organismo mundial se concentre em áreas como a melhoria da eficiência, planejamento e supervisão” (UNIC, MANUTENÇÃO da paz, 2010).

A Carta das Nações Unidas propaga que “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (CARTA..., 1945), tal afirmação mostra o repúdio a “falsa” paz em benefício de todos os componentes da sociedade internacional.

Nesse sentido, Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos”, preocupa-se com os direitos do homem, a democracia e a paz como momentos essenciais, de maneira que “(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”<sup>149</sup>, pois, “(...) a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, (...)

---

<sup>148</sup> VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Manutenção da paz e da segurança internacionais otimizando o uso de ferramentas de diplomacia preventiva: Perspectivas e desafios na África**. Disponível em: <<http://www.brasil-cs-onu.com/manutencao-da-paz-e-da-seguranca-internacionais-otimizando-o-uso-de-ferramentas-de-diplomacia-preventiva-perspectivas-e-desafios-na-africa/>> Acesso em: 05 out. 2014

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.7.

somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”<sup>150</sup>.

Nessa linha de raciocínio, para Hannah Arendt “A era moderna continuou a operar sob a premissa de que a vida, e não o mundo, é o bem supremo do homem”<sup>151</sup>, enquanto “(...) o passado, é visto como uma força, e não, como em praticamente todas as nossas metáforas, como um fardo com que o homem tem de arcar e de cujo peso morto os vivos podem ou mesmo devem se desfazer em sua marcha para o futuro”<sup>152</sup> de maneira que este passado “(...) ao invés de puxar para trás, empurra para a frente, e, ao contrário do que seria de esperar, é o futuro que nos impele de volta ao passado”<sup>153</sup>.

Nesse encadeamento de ideias, a vida humana não é medida em grau valorativo, salienta Hannah Arendt que a “(...) condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”<sup>154</sup>.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se importante o estudo acerca da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo da história desenvolveu-se por intermédio das barbáries vividas pela humanidade decorrentes dos conflitos e de guerras, que permitiu a inclusão de princípios e normas de Direito Internacional, estes regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz.

A violação de direitos inerentes à pessoa humana impulsionou a efetivação de tratados e normas de proteção internacional, que imbuídos de princípios de direito conquistaram a ordem internacional, instituíram normas válidas para todos em um cenário mundial composto por uma vasta diversidade cultural.

---

<sup>150</sup> Idem, p.7.

<sup>151</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.332.

<sup>152</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad: Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 32.

<sup>153</sup> Idem, p. 37.

<sup>154</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.17.

A Carta das Nações Unidas explicitou a relevância da manutenção e conquista da paz internacional, inspirou a criação de diversos institutos dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos universalizando os direitos do homem e resguardando os direitos diante da humanidade em evolução.

Registra-se que a primazia dos Direitos Humanos, em virtude da dignidade da pessoa humana, anseia a preservação da paz no âmbito internacional, direito supremo da humanidade.

As barbáries voltados aos interesses determinados, violam o início e o término dos direitos e dignidade da pessoa enquanto ser humano, enfrentando-se uma desordem, uma catástrofe que fere os Direitos Humanos.

Importante registrar, a comunidade internacional deu um passo importante ao elaborar um instrumento que oferece um marco jurídico vinculante, passando de uma declaração a uma convenção.

Ao mesmo tempo que tutela de modo mais direto os interesses do homem, amplia as esferas dos direitos a proteger, dotando-os de um conteúdo mais concreto e oferecendo uma nova definição dos direitos do homem. Nesse contexto, fica claro que a homem é titular de todos os direitos fundamentais da pessoa humana.

Verificou-se, ainda, que os direitos humanos são a “fonte de inspiração”, o gênero, ao qual pertencem os direitos fundamentais; os direitos humanos são inerentes a todo ser humano de forma universal, independente do tempo e do espaço em que vivam, enquanto os direitos fundamentais são os direitos positivados nos ordenamentos jurídicos pátrios.

Chega-se ao entendimento, portanto, que o direito sob o viés dos direitos humanos, os direitos fundamentais são caracterizados pela indivisibilidade e interdependência, e, conseqüentemente, ressalva a importância do caminho para o alcance da manutenção paz internacional.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre o passado e o futuro**. Trad: Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (Org.). In **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar Boreal, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, p or ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial da União** . Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outu-bro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de Julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. **Diário Oficial da União** . Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-44-9004-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União** .Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-ublicacaooriginal-120532-pe.html>> Acesso em: 13 mar. 2016.

COMITÉ Internacional da Cruz Vermelha. **Direito Internacional Humanitário Consuetudinário**. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/overview-customary-law.htm>> Acesso em: 12 out., 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre a Promoção entre os Jovens dos Ideais da Paz, do Respeito Mútuo e da Compreensão entre os Povos. **DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais**. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <[https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc\\_library=CIE01&doc\\_number=000043098&line\\_number=0002&func\\_code=WEB-BRIEF&service\\_type=MEDIA](https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0002&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA)>. v. II. Acesso em: 13 mar. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 13 mar. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/definicao/>> Acesso em: 13 mar. 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

FILOMENO, José Geraldo. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 7ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *In: Kriterion, Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 118, Dez. 2008.

Gomes, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: Um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos e Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral**. *In: A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795)**. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.



MARIRONI, Luís Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaios a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui/SP: Boreal, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

SARMENTO, Daniel. **Livre e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen, 2006.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Manutenção da paz e da segurança internacionais otimizando o uso de ferramentas de diplomacia preventiva: Perspectivas e desafios na África**. Disponível em: <<http://www.brasil-cs-onu.com/manutencao-da-paz-e-da-seguranca-internacionais-otimizando-o-uso-de-ferramentas-de-diplomacia-preventiva-perspectivas-e-desafios-na-africa/>> Acesso em: 17 abr. 2016.

# CIVILIZAÇÃO E BARBÁRIE: SOBRE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA

Caio Henrique Lopes Ramiro<sup>155</sup>

“Eu, que recebi um prêmio internacional da paz, penso que, infelizmente, não há outra solução que a violência para a América Latina”. **Josué de Castro**

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma reflexão a respeito do direito de resistência e da desobediência justificável em perspectiva para a América Latina. Para tanto, em um primeiro momento foi necessária uma investigação acerca do argumento do descobrimento da América e, com apoio no pensamento Enrique Dussel, foi possível uma abordagem de cunho perspectivista, que leva em consideração o olhar do *Outro* latino-americano, ou seja, o ponto de vista dos vencidos.

Doravante, em um segundo momento do texto, realizou-se a abordagem em sentido de uma leitura histórica do direito de resistência e, também, considerando a existência de suas imagens secularizadas surgidas na modernidade, tais como a desobediência

---

<sup>155</sup> Professor no curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP/Brasil. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR/Brasil. Membro da Rede Internacional de Estudos Schmittianos – RIES. Líder do *Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen)*, vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos. Co-líder do grupo de estudos *Direito & Literatura* (FCV). Integrante do grupo de pesquisas *Bioética e Direitos Humanos*, vinculado ao CNPq – UNIVEM e liderado pelo *prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior*.

civil e o direito a revolução. O objetivo de se investigar o direito de resistência se deu no sentido de um exame da possibilidade de seu reconhecimento nas práticas de luta política dos povos latino-americanos quando da tomada da terra no novo mundo.

Por fim, o último ponto do presente trabalho, partindo da possibilidade de admissão dos pressupostos de reconhecimento de um direito de resistência aos povos da América, pretende uma abordagem dos motivos de sua oposição ao modelo de Estado europeu, a fim de atingir uma crítica do argumento eurocêntrico da barbárie existente no continente latino-americano, com o potencial crítico de compreensão da resistência latino-americana como uma luta da sociedade contra o Estado, do ponto de vista de certo relativismo cultural e de outras formas de arranjos societários.

## **2 A ILUSÃO DO DESCOBRIMENTO: A TOMADA DA TERRA E O PONTO DE VISTA DOS VENCIDOS**

De partida, faz-se necessário um argumento de ordem metodológica no sentido de que a abordagem do presente trabalho terá por pretensão se colocar na perspectiva dos vencidos. Isso talvez possa indicar, para alguns, ausência de afastamento ou objetividade científica (tão caras ao universo do positivismo), no entanto, quando se pensa a América Latina não é razoável se colocar ao lado do colonizador europeu e sua pretensão mitológica de neutralidade científica, postura que não implica negar autores e referenciais da linhagem européia de pensamento.

Ao se marcar uma abordagem com a perspectiva de olhar dos vencidos, pode-se indicar uma aproximação do pensamento de Walter Benjamin, em suas famosas teses sobre o conceito de história, muito especialmente os dizeres de Benjamin na oitava tese<sup>156</sup>, que afirma a tradição dos oprimidos como aquela que denuncia o estado

---

<sup>156</sup> A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos “ainda” sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história de onde provém aquele espanto é insustentável (BENJAMIN, 2005, p. 83).

de exceção como regra, e que é preciso tomar consciência desse fato para um melhor enfrentamento das forças políticas opressoras, no caso, o exemplo de Benjamin é o fascismo. Nessa primeira parte do trabalho sem dúvida estamos próximos do pensamento de Benjamin, no entanto, também, faremos uma leitura histórica de alguns textos de Enrique Dussel, pensador argentino, que se radicou no México em meados de 1970.

Em *Eurocentrismo y modernidad*, Dussel estabelece uma reflexão com alguns autores pertencentes à conhecida escola de Frankfurt. Pretende abertamente um diálogo com Jürgen Habermas, todavia, não parece arbitrário certa aproximação de sua proposta de uma abordagem do “mito da modernidade” - como uma revisita crítica ao discurso e olhar histórico-, com as reflexões de Benjamin. Para Dussel quando se trata da América Latina e sua história marcada de dor, sofrimento e resistência de seus povos “sólo una historia vista desde ‘abajo’ nos puede dar clara conciencia de todo esto” (DUSSEL, 1988, p. 488)<sup>157</sup>.

Ao nos aproximarmos da reflexão de Dussel temos de entrar na polêmica acerca da ideia de descobrimento da América. Por óbvio, observando-se as limitações do presente trabalho, não se tem nenhuma pretensão de esgotamento temático ou mesmo de um exaustivo inventário historiográfico a respeito da América Latina. Talvez, não desprezando a importância de uma contextualização historiográfica, seja mais importante um enfrentamento de re-leitura da historiografia tradicional acerca da modernidade e suas implicações na América Latina.

Para Dussel o que se mostra fundamental é pensar a modernidade como um mito eurocêntrico que possibilita todos os projetos coloniais europeus, com fortes impactos para os povos americanos. Nessa linha de argumentação, Dussel discorda de pensadores como Habermas, que consideram como eventos históricos decisivos para a constituição da modernidade e de seu sujeito a Reforma, a Ilustração e a Revolução Francesa (DUSSEL, 2016a, p. 67). Além disso, denuncia a formação de um discurso tradicional, que podemos caracterizar com Foucault e Barthes, como um discurso de poder que justifica a dominação européia pelo

---

<sup>157</sup> Por se tratar de um evento latino-americano, optou-se por não traduzir os textos de língua espanhola.

descobrimto, ou seja, o europeu que chegou a América em 1492 “dice que ‘des-cubrió’ (quito el ‘velo’ a lo que estaba ‘cubierto’) un continente” (DUSSEL, 1988, p. 32). Ainda, Dussel (1988, p. 32) destaca que:

No hay demasiada conciencia de que ambos términos indican ya una ‘interpretación’ que es ‘en-cubridora’ (que ‘oculta’, ‘cubre’) el acontecimiento histórico. Si se mira ‘desde’ Europa (desde ‘arriba’), algo se ‘des-cubre’; si se mira ‘desde’ el mundo del habitante de este continente (desde ‘abajo’), se trata más bien de una ‘invasión’ del extranjero, del ajeno, del que viene de fuera; matán al váron, educan al huérfano y se ‘acuestan’ (‘amanceban’ se decía en el castellano del siglo XVI) con la mujer india.

A hipótese é de que há um verdadeiro mascaramento que forja a ilusão do descobrimto pelas noções de civilização e de progresso da cultura européia, não apenas como um discurso histórico tomado apenas como ideologia, mas, sim, de uma tática discursiva, um *dispositivo*<sup>158</sup> de saber e de poder que se constitui como lei de formação do saber no campo político, significa dizer que os conceitos de civilização e de progresso – forjado por certa filosofia história que passa, no século XVIII, a compreender a história como processo -, entram em cena como meios de justificar – em termos schmittianos – a tomada e possessão da terra no novo mundo. Parece-nos fundamental compreender os artifícios de poder que se formam pelas práticas discursivas, dessa maneira, em toda sociedade a produção do discurso é impactada por procedimentos e mecanismos de controle que têm “por função conjurar seus perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2013, p. 8).

Nesse horizonte de perspectiva, pode-se afirmar que o poder é plural, as práticas de poder se encontram camufladas em toda e qualquer forma discursiva, mesmo que o discurso tenha seu ponto de partida de um lugar aparentemente fora de relação com o poder

---

<sup>158</sup> A expressão dispositivo carrega o sentido usualmente dado por Foucault e designa as estruturas do conhecimento e os vários mecanismos institucionais, físicos e administrativos, que propiciam e mantêm o exercício de poder dentro do corpo social. Agamben generaliza esse conceito foucaultiano e compreende por dispositivo qualquer coisa que possa capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes.

(BARTHES, 1997, p. 10-11). No entender de Dussel, a observação dos povos latino-americanos teria de se concentrar no discurso da modernidade, uma vez que para muitos autores esse período é um fenômeno essencialmente europeu, com raízes no pensamento kantiano acerca da necessidade da humanidade de uma saída de sua menoridade de que ela própria é culpada (*Aufklärung*) e, em alguma medida, também no pensamento de Hegel, tendo em vista que sua resposta à pergunta sobre o que é o iluminismo caminhou no sentido de que “la historia mundial es la autorrealización de Dios (una Teodiceia), Razón, y Libertat. Es el proceso hacia el iluminismo [...]” (DUSSEL, 2016a, p. 60).

O ponto de Dussel é o de que a modernidade surge com a afirmação da Europa como centro civilizado da história do mundo, contudo, não como resultado apenas dos acontecimentos intra-europeus. Nas palavras de Dussel (2016a, p. 58):

De acuerdo a mi tesis central, 1492 es la fecha del 'nacimiento' de la modernidad, si bien su gestación envuelve un proceso de crecimiento 'intrauterino' que lo precede. La posibilidad de la modernidad se originó en las ciudades libres de la Europa medieval, que eran centros de enorme creatividad. Pero la modernidad como tal “nació” cuando Europa estaba en una posición tal como para plantearse a sí misma contra otro, cuando, en otras palabras, Europa pudo autoconstituirse como un unificado ego explorando, conquistando, colonizando una alteridad que le devolvía una imagen de sí misma. Este otro, en otras palabras, no fue 'des-cubierto', o admitido, como tal, sino disimulado, o 'en-cubierto', como lo mismo que Europa había asumido que había sido siempre. Así, sí 1492 es el momento del 'nacimiento' de la modernidad como un concepto, el origen de muy particular mito de violencia sacrificial, también marca el origen de un proceso de ocultamiento o no reconocimiento de lo no-europeo.

Ora, da transcrição do texto do pensador argentino, percebe-se que há dois momentos discursivos a serem observados, a saber: o primeiro o da justificativa da dominação pela ideia da superioridade cultural e, um segundo, que apresenta um argumento racional de justificação da violência. A compreensão do mito da modernidade não quer de maneira alguma negar seu caráter emancipatório – como pretendem teóricos da pós-modernidade –, mas, sim, almeja colocar em cena a figura do *Outro* não-europeu, que foi ocultada quando da construção do discurso de civilização culturalmente avançada e pretensamente hegemônica, que estava autorizada a “civilizar” a

cultura bárbara ou selvagem encontrada pelo colonizador (DUSSEL, 2016a). É interessante notar que a ideia de descobrimento se apresenta como uma contradição em termos quando pretende negar o *Outro*, uma vez que “o descubrimiento supone que algo existia ya como ‘cubierto’ – no se inventa de la nada: estaba ya ahí antes” (DUSSEL, 1988, P. 483).

Portanto, o eurocentrismo, como apresentado por Dussel, demonstra que o discurso do descobrimento carrega com ele a pretensão hegemônica da Europa de ver a sua cultura como aquela que representa a subjetividade da modernidade, o que a autoriza a se reconhecer, ilusoriamente para os outros povos, como o falar em primeira pessoa constituinte do acontecimento histórico, “‘yo descubro’, ‘yo conquisto’, ‘yo evangelizo’ (misioneramente), ‘yo penso’ (ontologicamente)” (DUSSEL, 1988, p. 483).

Segundo Dussel (2016a, p. 60):

El mito del origen que está escondido en el ‘concepto’ emancipatorio de modernidad, y que continua subtendiendo la reflexión filosófica y muchas otras posiciones teóricas en el pensamiento de Europa y Norteamérica, tiene que ver sobre todo con la conexión del eurocentrismo con la concomitante “falacia del desarrollismo”. La falacia de desarrollismo consiste en pensar que el patrón del moderno desarrollo europeo debe ser seguido unilateralmente por toda otra cultura.

O que se pretende é uma abordagem crítica do discurso eurocêntrico e desenvolvimentista que acobertam práticas de toda sorte de violências no continente americano. Nesse momento, é interessante levar em consideração a construção do *Outro* não europeu como o selvagem ou o bárbaro. Partir das figuras do selvagem e do bárbaro pode nos ajudar a melhor compreender a formação do discurso hegemônico e de dominação, constituído pela Europa a fim de relevar seu modo de vida como sendo aquele em que se materializa a civilização. Nesse assunto, mostra-se significativa a abordagem que Foucault faz desses dois personagens ao considerar o contexto histórico do século XVIII, especialmente no que diz respeito ao momento constituinte como aquele em que os agentes políticos terão de dar conta das relações tanto da ordem da lei quanto da ordem da força (FOUCAULT, 2010, p. 162).

De acordo com tal perspectiva, ao nos aproximarmos de uma investigação a respeito das figuras históricas do selvagem e do bárbaro estamos de fato também nos preocupando, de alguma maneira, com categorias jurídicas que dizem respeito à ideia de constituição e, também, do Estado. Foucault parte da concepção de uma filosofia da história como filosofia do tempo cíclico – surgida como já mencionado no século XVIII –, que colocam em relação às ideias de constituição e de força. Conforme Foucault (2010, p. 162):

Essa ideia de constituição, na literatura histórica que se vê formar-se em torno da reação nobiliária, é de certo modo, médica e militar ao mesmo tempo: relação de força entre o bem e o mal, relação de força também entre os adversários. Esse momento constituinte que se trata de reencontrar, deve-se alcançá-lo pelo conhecimento e pelo restabelecimento de uma relação de força fundamental. Trata-se de instaurar uma constituição que seja acessível não pelo restabelecimento de velhas leis, mas por algo que seria uma revolução das forças – revolução no sentido em que, precisamente, se trata de passar do auge da noite para o auge do dia, do ponto mais baixo para o ponto mais alto.

Ao que parece Foucault pretende uma revisita crítica aos fundamentos de constituição do estado moderno. Michel Foucault estabelece um diálogo com Boulainvilliers e aponta que para esse pensador há um primeiro momento de juridicidade, do qual tenta se afastar (antijuridicismo) e um momento em que o desafio será um enfrentamento com a natureza (antinaturalismo), ou seja, seu desafio será o homem natural. Para Foucault (2010, p. 163):

O grande adversário desse gênero de análise (e é nisso também que as análises de Boulainvilliers vão se tornar instrumentais e táticas) é o homem natural, é o selvagem, entendido em dois sentidos: o selvagem, bom ou mau, esse homem natural que os juristas ou os teóricos do direito criaram, antes da sociedade, para constituir a sociedade, como elemento a partir do qual o corpo social podia constituir-se.

De acordo com Foucault o selvagem é uma criação discursiva que também tem por objetivo afastar outra imagem de selvagem, criada agora pela racionalidade econômica e que vê nessa figura o homem natural que pratica trocas dos produtos de seu trabalho por outro produto, assim:



o que o discurso histórico-político de Boulainvilliers e de seus sucessores quis, pois, conjurar foi, a um só tempo, o selvagem teórico-jurídico, o selvagem saído das florestas para contratar e fundar a sociedade, e foi igualmente o selvagem *homo oeconomicus* que é destinado à troca e ao escambo (FOUCAULT, 2010, p. 163).

Há um par construído nesse período que se refere ao homem natural, o selvagem teórico-jurídico do pacto originário, bem como o homem das trocas mercantis do ponto de vista econômico, o que podemos caracterizar essencialmente como o *homem das trocas*, o trocador de direitos ou de bens. Do ponto de vista da troca dos direitos o que se funda é a sociedade e a soberania, no que diz respeito aos bens materiais e de consumo o que se constitui é o corpo social, marcadamente econômico (FOUCAULT, 2010, p. 164). Dessa forma, estamos diante da construção do discurso histórico e político que compreende a história como progresso e a saída do selvagem de sua condição natural de selvageria, colocando-se em uma relação de convívio de tipo social, e que é compreendida como avanço cultural.

No entanto, existe outra personagem elementar da tática discursiva que se opõe ao selvagem, esse oponente é o bárbaro. Essa figura só pode ser compreendida quando se leva em consideração a existência de uma civilização, porquanto ele se encontra fora da noção de civilidade (FOUCAULT, 2010, p. 164).

Dirá, então, Foucault (2010, p. 164):

Não há bárbaro, se não há em algum lugar um ponto de civilização em comparação ao qual o bárbaro é exterior e contra o qual ele vem lutar. Um ponto de civilização – que o bárbaro despreza, que o bárbaro inveja – em comparação ao qual o bárbaro se encontra numa relação de hostilidade e de guerra permanente. Não há bárbaro sem uma civilização que ele procura destruir e da qual procura apropriar-se. O bárbaro é sempre o homem que invade as fronteiras dos Estados, é aquele que vem topar nas muralhas das cidades. O bárbaro, diferentemente do selvagem, não repousa contra um pano de fundo de natureza ao qual pertence. Ele só surge contra um pano de fundo de civilização, contra o qual vem se chocar. Ele não entra na história fundando uma sociedade, mas penetrando, incendiando e destruindo uma civilização.

A longa transcrição se justifica pela exemplar definição de bárbaro dada por Foucault e, muito especialmente, pelas pretensões do presente texto, ao retirarmos o cenário europeu da análise foucaultiana, talvez coubesse a pergunta, considerando a conjuntura dos processos de dominação colonial, quem é bárbaro?

Existe uma tradição antropológica de discussão acerca da figura do bárbaro e da barbárie que descreve algumas imagens possíveis para a compreensão desse personagem. Podemos ficar com a proposta de Foucault e pensar o bárbaro como aquele que necessariamente precisa de um contexto de civilização para existir. Francis Wolff (2004, p. 23), expõe três sentidos para os conceitos de bárbaro e barbárie, e essas figuras seriam pensadas a partir de um sentido de civilização e civilidade, desenvolvimento espiritual ou cultural e, por fim, “a humanidade do sentido moral”.

Destaca Wolff (2004, p. 24) que:

O primeiro tipo de bárbaro parece pertencer a um estágio arcaico de *socialização*; o segundo, a um estágio arcaico da *cultura*; e, mais grave ainda, é a um estágio pré-humano que o terceiro parece pertencer: é o homem que permaneceu em estado selvagem, que se tornou, ou tornou a ser, desumano

Assim, mostra-se interessante considerar que a figura do bárbaro depende de uma noção de civilização para se constituir ou, se preferirmos, o bárbaro pode ser compreendido como um constructo da civilização, tendo em vista que será forjado por um discurso de poder enquanto filosofia da história que coloca a Europa no centro do processo civilizador do mundo ocidental. Nesse sentido, a figura do Estado de modelo europeu, entendido como o monopólio jurídico da violência que regulamenta toda a ação política com a possibilidade de uso legítimo da força, coloca-se no centro do palco político e se reivindica como instância capaz de garantir segurança e desenvolvimento da cultura e das relações sociais, significa dizer como sujeito que pode assegurar o progresso da civilização.

Ao que parece a história de todos os processos coloniais pode ser considerada como a construção de um discurso daqueles que representam a civilização e que estaria legitimado e legalmente autorizado a “civilizar” os bárbaros, uma tática discursiva a fim de justificar a dominação e a tomada da terra e da riqueza dos povos. De

acordo com Francis Wolff, um exemplo significativo de barbárie praticada em nome da civilização é exatamente a dos colonizadores, a saber:

Alguns povos que Colombo encontrou eram considerados bárbaros porque viviam nus e desconheciam a escrita. Outros, como os astecas ou maias, visivelmente pertenciam a grandes civilizações complexas e urbanizadas, mas eram tidos como bárbaros porque praticavam uma religião cujos ritos incluíam sacrifícios humanos em massa. Mas em proporções maiores, e em nome da civilização cristã, todos esses povos foram reduzidos à escravidão, torturados, massacrados, e sua cultura, seus templos e suas estátuas foram destruídos pelos espanhóis, que, encantados, com o ouro, cometeram ali o primeiro grande genocídio da história moderna (WOLFF, 2004, p. 27).

O discurso do “civilizador” (colonizador) se oferece como uma homília de superioridade, no sentido de que ele é quem irá levar a civilização (ou a verdadeira religião) aos povos por ele considerados bárbaros<sup>159</sup>. A partir do ponto de vista do civilizado, dada sua superioridade cultural, há uma autorização para tratar os outros povos e suas culturas como inferiores e, ainda, articular um argumento que irá retirar qualquer possibilidade de culpa pelas práticas de destruição e submissão dos povos, uma vez que “eles nos devem gratidão, já que contribuimos para arrancá-los de sua barbárie – ou da ignorância, ou do paganismo” (WOLFF, 2004, p. 28).

Ora, resta claro que a civilização é um constructo discursivo que serve para beneficiar as práticas de sujeição dos povos, com a valorização de si pelo civilizado. Dussel (1988, p. 484) ressalta que:

---

<sup>159</sup> Dee Brown, em seu conhecido *Enterrem meu coração na curva do rio*, reproduz interessante texto de Colombo se reportando ao seu soberano, como relato dos povos da América, a saber: “Tão afáveis, tão pacíficos, são eles [...] que juro a Vossas Majestades que não há no mundo uma nação melhor. Amam a seus próximos como a si mesmos, e sua conversação é sempre suave e gentil, e acompanhada de sorrisos; embora seja verdade que andam nus, suas maneiras são decentes e elogiáveis’. Claro que tudo isso foi tomado como sinal de fraqueza, senão de barbárie” (BROWN, 2014, p. 19). Relata ironicamente Brown que Colombo, por estar bem intencionado, fica convencido de que esse povo deveria adotar os costumes europeus, trabalhar, plantar, etc.

Tanto 'inventar' como 'des-cubrir', 'conquistar' o 'evangelizar' tienen al europeo como 'centro' (el 'yo' constituyente). Pero si efectuamos una revolución copernicana y dejamos de situarnos desde la tierra (el 'yo' europeo) y miramos e interpretamos todos desde el mundo del primitivo habitante americano (el sol: el 'yo' amerindio), todo cobra nuevo sentido (desde bajo).

Diante do que restou dito até aqui, parece claro que o discurso do civilizador entre na esfera de justificação racional de uma decisão soberana acerca do reconhecimento ou a negação de direitos civis e políticos aos povos não-europeus. Esses direitos, que decorrem do reconhecimento/pertencimento ao Estado-nação civilizado, são exatamente aqueles que serão atingidos pela decisão soberana, e negados aos povos considerados bárbaros. Desse modo, essa decisão abre um espaço de exceção, que reconhece e cria um espaço vazio de normatividade, onde a norma se aplica por desaplicação, espaço anomico em que “tudo é possível”, um ambiente biopolítico em que a vida dos povos ameríndios se encontra exposta a toda espécie de violência<sup>160</sup> e a morte.

Aqui se mostra oportuno nos aproximarmos da reflexão de Carl Schmitt a respeito do estado de exceção e da tomada da terra. Schmitt parte de uma análise da estrutura de ordenação do espaço político na sociedade capitalista, destacando o espaço de vigência do *Nomos* soberano, dando ênfase ao caráter territorial, ou seja, a tomada da terra (*Landnahme*), mas, também, a ordenação jurídica (*Ordnung*) do território (*Ortung*), trinômio que se opera pela nacionalidade (nascimento/nação).

Toda ordenação no *Jus publicum europeu* há de conservar a tomada da terra como sua característica fundamental, seu *nomos* por excelência, a garantia da estrutura espacial e a unidade da ordenação e do assentamento (SCHMITT, 2005, p. 186). Verifica-se do diagnóstico schmittiano que o direito público europeu se constrói em uma perspectiva que pretende legitimar a estrutura do Estado-nação a partir de uma organização jurídica da política nos termos de território (*Territorium*), ordenamento (*Ordnung*) e nascimento (*Geburt*), o que nos coloca diante dos elementos fundamentais para o reconhecimento do Estado-nação da modernidade. Esse último para

---

<sup>160</sup> Roberto Bueno (2014, p. 478) considera que “a violência não encontra acolhida senão em ambientes nebulosos, obscuros, ambíguos, ali onde a transparência não é valor vigente na órbita pública”.

Schmitt é o substituto do Papa - que ordenava as cruzadas como a decisão para a tomada e posse da terra de povos não cristãos - e, além disso, o *jus publicum europeu*, apresenta-se como um discurso jurídico que se pretende legitimador da tomada da terra, especialmente no “novo mundo” por meio do “descobrimento” e ocupação, garantindo as posses coloniais das potências européias por títulos jurídicos legais (SCHMITT, 2005, p. 116-119).

Conforme Schmitt (2005, p. 122):

O título jurídico da *occupatio* responde a realidade de então uma vez que pressupõe que o solo europeu de soberanos e povos europeus é distinto, segundo o Direito das Gentes, de outro solo de “Ultramar”. O solo do novo mundo pode ser ocupado livremente. Em relação com essa tese, os juristas dos séculos XVII e XVIII supõe praticamente que o solo do Novo Mundo só é ocupável livremente por Estados europeus e, desde logo, só de forma que o solo colonial não chegue a ser idêntico, em virtude da ocupação colonial ao território estatal europeu do ocupante, senão que permaneça distinto do mesmo, tanto que se trate de colônias de comércio ou de territórios de colonização<sup>161</sup>.

Além disso, de acordo com Schmitt o conceito de *descobrimento* também serve de justificação – inclusive jurídica -, para tomada e posse da terra em territórios ultramar, portanto, tomada de terras não-européias (SCHMITT, 2005, p. 123). O descobrimento opera como um título jurídico e fundamenta a descoberta dos soberanos cristãos de terras, ilhas e mares até então desconhecidos e agora passíveis de serem adquiridos perante a ordem internacional e o direito das gentes, centrado na Europa (SCHMITT, 2005, p. 123)<sup>162</sup>.

Schmitt (2005, p. 123-124) enfatiza que:

---

<sup>161</sup> As traduções são de minha autoria, salvo indicação em contrário.

<sup>162</sup> Conforme Eduardo Galeano (1986, p. 24) “A Espanha vivia o tempo da reconquista. 1492 não foi só o ano do descobrimento da América, o novo mundo nascido do equívoco de consequências grandiosas. Foi também o ano de consequências grandiosas”. A guerra santa cristã travada contra o Islã pela reconquista esgotava as riquezas da coroa espanhola. Nesse período a “rainha Isabel fez-se madrinha da Santa Inquisição. A façanha do descobrimento da América não podia explicar-se sem a tradição militar de guerra de cruzadas que imperava na Castela medieval [...]. O papa Alexandre VI, que era espanhol, converteu a rainha Isabel em dona e senhora do Novo Mundo” (GALEANO, 1986, p. 24).

O fato é que o sentido do título jurídico “descobrimento” reside na alegação de uma posição historicamente mais elevada do descobridor frente ao descoberto, uma posição que era distinta frente aos habitantes da América do que frente aos antigos povos não-cristãos, como árabes, turcos e judeus, contanto se eram considerados *hostes perpetui* ou não. Desde o ponto de vista do descoberto, o descobrimento como tal nunca é legal. [...] Os descobrimentos são levado a cabo sem a autorização prévia do descoberto. Por isso, o título jurídico do descobrimento se apóia em uma legitimidade mais elevada. Só pode descobrir quem, no nível espiritual e histórico, é suficientemente superior para compreender o descoberto com seu saber e sua consciência.

Para Schmitt a expressão *nomos* não carrega apenas o sentido de lei como algo que funda e significa o direito, mas apresenta acepções como o de tomar, conquistar; distribuir e dividir o conquistado e, por fim, explorar o que foi tomado, por conseguinte, opera como uma violência prévia, assim, a expressão *nomos da terra* terá o sentido concreto de uma nova tomada da terra e, por consequência, “uma nova divisão, distribuição e repartição da terra” (SCHMITT, 2014, p. 21). De tal modo, com o termo *nomos* Schmitt pretende destacar o problema espacial de ordenação do mundo.

Ora, reproduzir o discurso de que os povos ameríndios foram descobertos é justificar as pretensões do colonizador e de sua superioridade civilizatória. Desse modo, há que se representar a história dos povos da América Latina como uma perspectiva de resistência ao universo cultural europeu, considerando o colonizador não como um “descobridor”, mas, sim, como um invasor, um intruso que justificou política e juridicamente toda a sorte de violências praticadas aos povos não-europeus, um “desejo metódico de massacrar uma etnia e todos os indivíduos (homens, mulheres, crianças) que dela faziam parte, pelo simples fato de dela fazerem parte” (WOLFF, 2004, p. 29).

Do mesmo modo, Dussel (1988, p. 484) caracteriza o europeu como um intruso, a saber:

Del latín *intruo* (meterse violentamente en el interior), *intrusión* significa penetrar en un mundo, el mundo del otro, sin derecho, sin permiso, ‘entrometerse’. Para aquel gran rebelde – y teólogo popular de la liberación –, los europeos eran en nuestro continente ‘intrusos’. Pero el intruso había *invadido*, ocupado, dominado un espacio: el espacio del

mundo, de la cultura, de la religión, de la historia del hombre americano.

Dessa maneira, a Europa não ocupa ou descobre as terras estrangeiras de ultramar, mas, sim, as invade, as toma para si. Só a partir de tal perspectiva se torna possível compreender a história de luta, de sofrimento e de resistência dos povos latino-americanos sem a ilusão de que sua cultura representa, por excelência, a barbárie. Pode-se nesse caminho, pretender uma investigação acerca dos fundamentos do direito de resistência e da desobediência que também foram praticadas em nosso continente, o que será objeto de análise a seguir.

### **3 NOTAS SOBRE DIREITO DE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA JUSTIFICÁVEL**

Em primeiro lugar, importa considerar que o objetivo a ser alcançado nessa parte do trabalho permanece vinculado ao tema escolhido, mas que envolve agora uma abordagem do direito de resistência e da desobediência civil, em perspectiva para a América Latina. Entretanto, dada a riqueza do tema, e, também, sua dificuldade, não se tem a pretensão de esgotamento, e sim, de um breve inventário dos argumentos teóricos em torno da temática, com a observação, no que for possível de seu desenvolvimento histórico. Igualmente, não ingressaremos na polêmica teórica a respeito da possibilidade de caracterização do direito de resistência e da desobediência civil como direitos fundamentais, haja vista que esse seria problema para um trabalho próprio.

Poderíamos de partida concordar com Franz Neumann (1969) que em um primeiro momento a questão em análise parece de fácil abordagem, todavia, na medida em que nos debruçamos e aprofundamos as reflexões a seu respeito às dificuldades só fazem aumentar. Além disso, por mais que tenhamos oportunidade de considerar que o problema da resistência e da desobediência sempre esteve aí, significa dizer que do ponto de vista da história do pensamento político há possibilidade de considerá-lo como um tema bastante antigo (NEUMANN, 1969, p. 165). Sem nenhuma

arbitrariedade, poderíamos apontar já no seminal texto trágico<sup>163</sup> de Sófocles – *Antígona* -, a utilização do expediente da resistência pela heroína que dá título à tragédia, quando Antígona se opõe ao edito temporal de Creonte - seu tio-, que ordena que não se guarde os ritos fúnebres a seu irmão Polinice, uma vez que esse último fora considerado um traidor da cidade de Tebas, no entanto, o ponto da resistência e da desobediência, no que diz respeito à filosofia e teoria do direito “sempre representou uma espécie de assunto proibido no amplo repositório de teorias, estruturas explicativo-compreensivas e noções que costumamos chamar de doutrina jurídica” (MATOS; SOUZA, 2014, p. 150).

Nessa linha de argumentação, a temática em análise se assemelha com a ideia do estado de exceção quando está em questão a abordagem jurídica de seu estatuto teórico. O direito de resistência, para alguns autores, estaria na base teórica de sustentação de suas imagens secularizadas que derivariam dele, a saber: o direito a revolução e a desobediência civil. Geralmente, os fundamentos teóricos de justificação de um direito de resistência são apresentados levando em consideração a ideia de direito natural, direitos inalienáveis e de uma teoria da justiça, exercíveis dentro de uma circunstância concreta contra um poder político opressor que se materializa na forma estatal, chegando ao extremo de justificação do tiranicídio (NEUMANN, 1969, p. 165).

De acordo com Patricio Carvajal (1992, p. 65-66):

O direito de resistência tem uma base doutrinária sólida e precisa, fundada no direito natural e em uma teoria da justiça, com o qual os diversos graus de resistência, desde a resistência passiva ao tiranicídio, tem fundamentos éticos concretos, o que torna possível invocar seu exercício sempre legítimo de tal direito. Deste modo, em relação ao direito a revolução e a desobediência civil, poderíamos argumentar que se trata de manifestações ou condutas políticas que derivaram do direito de resistência devido, entre outras causas históricas, ao processo inexorável de secularização da sociedade moderna.

---

<sup>163</sup> A célebre peça do dramaturgo grego pertence ao gênero literário das tragédias, e em sua trilogia ilustra uma série de características que se atribuem ao *drama* desde a Antiguidade; logo, esse escrito do teatro trata de assuntos políticos sobre o governo e o destino de *Tebas* e, além disso, é capaz de provocar ponderações acerca do jurídico até nossos dias.



Não se quer afirmar com a transcrição supra que tal direito existe apenas na modernidade. Já na antiguidade grega, a partir do texto de Sófocles, muito se discutiu a respeito da possibilidade da resistência e da desobediência, com o extremo da derrubada de uma tirania e do regicídio. Na compreensão de Franz Neumann (1969, p. 195-166), mesmo que se possa considerar o fato como um erro histórico, a primeira manifestação da possibilidade da resistência se apresenta com o assassinato de Hiparco, filho de Pisístrato, regicídio cometido por Harmódio e Aristogíton (514 a.C.), em defesa da liberdade.

No texto de Neumann (1969, p. 166) observa-se:

Sabemos, contudo, que o crime foi inteiramente motivado pelos ressentimentos pessoais contra o tirano e não por considerações políticas diretas. Mesmo assim foi desse assassinato que nasceu a poderosa tradição que continuou até o século XVII (quando nasceu o absolutismo secular) e que recebeu um novo impulso com o advento do totalitarismo.

Nota-se uma origem antiga da ideia de resistência, mas o entendimento dessa última como um direito parece sofrer uma inflexão na aurora da modernidade. Logo, a sustentação teórica de um direito à resistência e a desobediência civil são buscados em autores da modernidade, muito especialmente em pensadores do liberalismo político, como é o caso de John Locke, que fala abertamente a respeito da resistência em sua obra<sup>164</sup>.

Nos moldes em que se apresenta a questão, com o aparecimento dos Estados modernos, após a ruptura e desencantamento do mundo teológico-eclesiástico, o debate se consolida em torno ao modo de se justificar a figura da soberania e do Estado, também no que diz respeito a suas estruturas e sua relação com os indivíduos que constituem o corpo político. Com isso, alguns temas que anteriormente ficaram obscurecidos no cenário de discussão passam a fazer parte da pauta, dentre eles estão os

---

<sup>164</sup> Notes-se que há quem defenda que ideia de um direito de resistência também está presente no pensamento de Thomas Hobbes, quando esse último afirma que dá passagem do estado de natureza ao estado civil o indivíduo leva consigo o dever/direito de lutar por sua própria vida, ou seja, haveria um direito de autopreservação em Hobbes, oponível inclusive contra o poder soberano.

tópicos da resistência e da desobediência, que serão abordados por um prisma múltiplo de expectativas, que vão desde a questão acerca do dever de obediência ao Estado, considerando mandamentos jurídicos que estão em desacordo com a consciência do indivíduo no que diz respeito ao seu senso moral, conforme defendia Thoreau (2012)<sup>165</sup>; ou, também, do ponto de vista apresentado por Carvajal, que leva em consideração um aspecto de consciência moral, agora atrelado ao conceito de justiça.

Um ponto importante a se considerar está vinculado a ideia de subordinação à ordem estatal, que na modernidade passa a ser desempenhada por um sistema normativo que garantiria a ordem e a segurança dos indivíduos, devido ao fato de que o Estado é monopolizador da violência, que passará, em termos weberianos, a ser exercida como uso legítimo da força, quando de sua configuração em um Estado de Direito. O pacto de submissão irá configurar os papéis dos atores no contexto do cenário político da modernidade e determinará as figuras do indivíduo, da sociedade e do próprio Estado.

Na modernidade se desenvolve a ideia de limites a atividade estatal no que diz respeito a salvaguardas das liberdades individuais. Com o aparecimento das declarações de direitos - em especial com o *Bill of Rights* da declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 -, é no século XVIII - com as primeiras imagens dos direitos humanos, cuja fundamentação se dá na ideia de direito natural -, que para alguns autores se dá a pretensão de limitação do Estado com contornos jurídico-positivos e históricos. Consequentemente, os documentos jurídicos das declarações da Virgínia de 1776 e a da constituinte francesa de 1789 atestam a hipótese de que a ideia iluminista de matriz kantiana de respeito aos indivíduos como fins em si e reconhecimento de direitos universais do homem e do cidadão e, doravante, dos direitos humanos, toma a forma histórica com sua positivação nos ordenamentos dos Estados nacionais, impactando a conduta humana, que a partir de agora será orientada pela ordem normativa, uma vez que o cidadão dos Estados de Direito nacionais é o destinatário por excelência dos agora chamados direitos fundamentais (BULYGIN, 1987, p. 79).

---

<sup>165</sup> Nas palavras de Thoreau (2012, p. 10): “[...] a massa de homens serve ao Estado não na qualidade de homens, mas como máquinas, com seus corpos. [...] Na maioria dos casos, não há, em absoluto, o livre exercício do julgamento ou do senso moral”.

A partir desse momento é que o constitucionalismo moderno começa, então, a reconhecer as dimensões de direitos. Os primeiros estão ligados aos direitos de liberdade com tendência a limitar, como já mencionado, o poder soberano, caracterizando-se como *direitos civis*, marcados por uma propriedade negativa de defesa do indivíduo em relação ao poder soberano; e *políticos*, e aqui a ideia dos direitos passa também a considerar uma perspectiva positiva que será representada pela possibilidade de participação e reivindicação política (autonomia). Esse último aspecto no interessa mais de perto, tendo em vista sua ligação com o tema da resistência e da desobediência, como formas de contestação do pacto originário por descumprimento da promessa associativa de asseguramento de direitos ou meios para a realização dos mesmos.

Não obstante, há que se considerar a perspectiva eurocêntrica de tal abordagem, que tem por local de atuação o cenário europeu de passagem dos Estados absolutistas (“Eu-Monarca”) para o império do direito, com a constituição, a partir dos direitos do cidadão, da categoria sujeito de direito que se pretende universal. Importa notar no que se refere ao direito de resistência e a desobediência justificável, do ponto de vista histórico, um forte elemento decisório para a análise conjuntural que autorizaria a utilização de um direito de resistir.

Franz Neumann destaca que em todas as teorias, desde a antiguidade:

Só há um problema que não pode ser respondido: quem decide se e quando existe um direito para resistir.

No caso dos antigos: quem decide o que exige o bem da *polis*; para as teorias medievais, cabe à Igreja ou ao poder secular a autoridade para chegar a uma decisão; nas lutas monarcômicas, quem decide é o partido religioso; nas chamadas teorias democráticas, isso cabe ao povo (NEUMANN, 1969, p. 169).

Em que pese à interessante questão do *decisionismo* do direito de resistência - o que poderia nos remeter novamente ao pensamento de Schmitt a respeito se é a decisão o elemento jurídico por excelência no que tange a soberania, discussão para a qual não há espaço no presente trabalho -; ao que parece é uma circunstância de opressão que irá autorizar a decisão a respeito de resistir e desobedecer à ordem normativa estatal. Nessa linha, o direito de

resistência seria aquele em que um indivíduo, um grupo ou um povo teriam acesso, por decisão, na medida em que estiverem diante de práticas de opressão e violência, de um poder ilegítimo ou que viole os direitos/garantias fundamentais.

Dessa forma, na compreensão de Carvajal (1992, p. 68):

[...] O termo em si ‘direito de resistência’ (*ius resistendi*; *Widerstandsrecht*) tem um preciso significado na história do pensamento jurídico: a limitação do poder da autoridade pública e do Estado e a custódia da liberdade da comunidade. No fundo se trata da conservação do bem comum da sociedade (justiça) e do justo e reto ordenamento político-jurídico do Estado em qualquer de suas formas (liberdade).

Ora, se na modernidade se reconhece a figura do sujeito de direitos universal, fundamentalmente após o advento da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, caberia a pergunta se as práticas de oposição dos povos ameríndios às violências perpetradas pelos “civilizadores” na América Latina poderiam ser compreendidas como barbárie ou seria a mais pura resistência ao invasor? Uma objeção possível seria a de que o homem de direitos aparece em tempo histórico posterior, todavia, como se tentou apresentar nesse tópico, há práticas de resistência ao longo do que se compreende por progresso histórico, o que invalidaria a oposição.

A opção aqui é de uma compreensão histórica do conceito de resistência e de contestação do discurso que configura as bases de reconhecimento do início da modernidade, conforme pretende Dussel. Na perspectiva da história dos conceitos, esses últimos “fundamentam-se em sistemas político-sociais que são, de longe, mais complexos do que faz supor sua compreensão como comunidades lingüísticas organizadas sob determinados conceitos-chave” (KOSELLECK, 2015, p. 98).

Nessa linha de argumentação, há possibilidade de abordagem dos conceitos de resistência e desobediência como aproximados da ideia de direito em um contexto que se coloca fora da quadra histórica da historiografia tradicional da modernidade, não só por existir uma narrativa da história antiga a respeito da resistência, da desobediência justificável (*Antígona*), do regicídio e do tiranicídio, mas, sobretudo, pela possibilidade de nos valermos de uma história

dos conceitos enquanto método de abordagem das fontes “que atenta para o emprego de termos relevantes do ponto de vista social e político e que analisa com particular empenho expressões fundamentais de conteúdo social e político” (KOSELLECK, 2015, p. 103). Destarte, por mais que a expressão direito obtenha, para alguns, o sentido de limitação ao arbítrio, inclusive do soberano e, por consequência, haveria uma imagem de resistência a injustiça somente na modernidade, do ponto de vista de uma história dos conceitos aproximada à perspectiva de uma história social<sup>166</sup>, não parece arbitrário a investigação acerca da possibilidade de atuação dos conceitos de resistência e desobediência no período de tomada da terra na América Latina.

As pretensões da última parte do presente trabalho caminharão no sentido de investigar a relação entre a construção do discurso antropológico-político acerca do selvagem e do bárbaro como táticas de dominação e às práticas de resistência dos povos latino-americanos.

#### **4 “SEM FÉ, SEM LEI, SEM REI” E CONTRA O ESTADO**

Se admitirmos os pressupostos apresentados até aqui, a saber: que a ideia de descobrimento é uma tática discursiva que encobre um processo de invasão colonizadora e de imposição de uma cultura eurocêntrica e, ademais, de que a resistência surgida no continente americano pode ser compreendida dentro de uma perspectiva de direito, a partir de uma leitura histórica do conceito, podemos então nos aproximar de uma interessante reflexão a respeito do poder e do Estado em um ponto de vista que contesta o discurso de tradição européia.

A partir desse momento, Pierre Clastres se apresenta como um bom companheiro de caminhada. As investigações de antropologia política apresentam interessantes pistas a respeito de contextos sociais muito diversos do modelo europeu, demonstrando com rigor

---

<sup>166</sup> A respeito da história social, destaca Koselleck (2015, p. 97): “Constituem objeto da história social a investigação das formações das sociedades ou as estruturas constitucionais, assim como as relações entre grupos, camadas e classes; ela investiga as circunstâncias nas quais ocorreram determinados eventos, focalizando as estruturas históricas de médio e longo prazos, bem como suas alterações. A história social pode ainda investigar teoremas econômicos, por força dos quais se pode questionar os eventos singulares e os desenvolvimentos políticos dos fatos”.

“que a opção pelo Estado e o poder coercitivo que o funda não é mais do que isso: uma entre várias outras possibilidades de organização social” (MATOS, 2014, p. 175).

Ao estudar as comunidades indígenas da América do Sul, Clastres apresenta um primeiro diagnóstico que diz respeito à etnografia, análise que estabelece um critério de distinção entre o modelo societário europeu e o ameríndio, com destaque para o sentido de uma *ausência*, o que caracterizaria os modelos de sociedade latino-americanos como sociedades incompletas (CLASTRES, 1990, p. 132).

Nas palavras de Clastres (1990, p. 132):

Não são exatamente verdadeiras sociedades – não são *policidadas* -, e subsistem na experiência talvez dolorosa de uma *falta* – falta do Estado – que elas tentariam, sempre em vão, suprir. De um modo mais ou menos confuso, é realmente o que dizem as crônicas dos viajantes ou os trabalhos dos pesquisadores: não se pode imaginar a sociedade sem Estado, o Estado é o destino de toda sociedade. Descobre-se nessa abordagem uma fixação etnocentrista tanto mais sólida quanto é ela, o mais das vezes, inconsciente.

As sociedades latino-americanas seriam então *sociedades sem Estado*, o que no entendimento de Clastres configura uma sociedade primitiva. Note-se que o uso desses termos não pode significar o rebaixamento dessas organizações sociais, sob pena de prejudicar as condições de possibilidade de se reconhecer a antropologia política como ciência (CLASTRES, 1990, p. 132). Para Clastres (2014, p. 137) “é conforme a presença ou ausência do Estado que se opera uma primeira classificação das sociedades, pela qual elas se distribuem em dois grupos: as sociedades sem Estado e as sociedades com Estado, as sociedades primitivas e as outras”. Essa caracterização, no entender de Clastres, não deixa margem para compreender as sociedades com Estado como idênticas entre si, mas permitem a aproximação de outra imagem do etnocentrismo que se liga ao já mencionado argumento de filosofia da história que ressalta nessa última a ideia de progresso, ou seja, a história teria um único sentido, “de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem à civilização” (CLASTRES, 1990, p. 133).

Uma abordagem dessa natureza nos leva a observar que o modelo societário dos povos latino-americanos se organiza de modo diverso do mundo europeu e, por consequência, há impactos consideráveis na maneira de se pensar e exercer o poder político. Em uma abordagem orientada pelo relativismo cultural<sup>167</sup>, Clastres destaca que nas sociedades da América do Sul o poder político não é algo separado do corpo social sobre o qual é exercido (CLASTRES, 2014, p. 137).

A forma de organização político-societária nas sociedades da América Latina contrasta com o modelo europeu na medida em que a esfera do poder político não pode ser distinguida do aspecto social. O pensamento da tradição européia vislumbra no político algo de essencial ao homem, mas, ao mesmo tempo, destaca no político uma “divisão social entre dominantes e dominados, entre os que sabem, e portanto mandam, e os que não sabem, e portanto obedecem” (CLASTRES, 2014, p. 138). A caracterização é feita a partir do social, organizado em estruturas hierárquicas e relações de mando e obediência, que configuram as relações políticas e de poder e, onde não existam essas últimas, materializa-se a ausência, o infrassocial e a não sociedade (CLASTRES, 2014, p. 138).

Ressalta Clastres (2014, p. 141):

Percebe-se bem que tal julgamento não é, na verdade, senão um preconceito ideológico, implicando uma concepção da história como movimento *necessário* da humanidade ao longo das figuras do social que se engendram e se encadeiam mecanicamente. Mas digamos que se recuse essa neoteologia da história e seu continuísmo fanático: com isso as sociedades primitivas deixam de ocupar o grau zero da história, já que estariam grávidas ao mesmo tempo de toda a história por vir, inscrita antecipadamente em seu ser.

O julgamento dos conquistadores a respeito de tal organização no reino das maravilhas seria feito no sentido de uma depreciação do modelo político-societário e recusa dessa forma de organização como selvageria. Conforme Clastres (2014, p. 138) “constatando que os ‘chefes’ não possuíam nenhum poder sobre as

---

<sup>167</sup> Perspectiva que nega a superioridade de uma cultura sobre outra, portanto, da civilização européia em relação a outros sistemas societários e renúncia ao reconhecimento de uma hierarquia de valores, reconhecendo a coexistência de múltiplas culturas e diferenças socioculturais.

tribos, que ninguém mandava e ninguém obedecia, eles disseram que esses povos não eram *policiados*, que não eram verdadeiras sociedades: selvagens “sem fé, sem lei, sem rei”.

É curioso notar o relato a respeito da chefia indígena, que invariavelmente é representada como o senhor da comunidade, um personagem que materializaria o arbítrio, o que se afigura uma verdadeira falácia, já que os líderes são desprovidos de poder no que diz respeito a uma manifestação hierárquica desse último, o que não significa ausência completa de significação societária. O chefe indígena, enquanto servidor e não senhor da comunidade, conecta-se a ela mediante a realização de tarefas que lhe são incumbidas, especialmente aquelas de se pronunciar pela comunidade, “com vistas a afirmar sua especificidade, sua autonomia, sua independência em relação às outras comunidades” (CLASTRES, 2014, p. 139).

O que se percebe a partir desses elementos apresentados por Clastres é que as sociedades sem Estado da América Latina se organizavam em torno a certo igualitarismo de base e que se expressa de maneiras bastante diversificadas. No entanto, o ponto fundamental é observar que essa forte noção de igualdade se apresenta como uma grande recusa a ideia de poder que se separa da sociedade, organizando-se de maneira hierárquica e, via de consequência, impondo-se enquanto realidade autônoma (MATOS, 2014, p. 176).

O modelo de arranjo societário existente nas sociedades sem Estado é bastante diferente do protótipo europeu - em alguns casos os estados colonizadores se estruturavam de maneira feudal -, e do nosso paradigma atual, formas de disposição do poder em que se submete a sociedade ao Estado como configuração de proteção e construção de um discurso de estatolatria, com a possibilidade de se reconhecer que em alguns casos o poder é exercido contra a sociedade. Assim, o ser da sociedade sem estado é a indivisão, visto que impede o surgimento de uma esfera de poder que acarrete a separação da sociedade com a diferenciação entre os que mandam e os que obedecem, autorizando a dominação do chefe sobre a sociedade (CLASTRES, 2014, p. 237).

De acordo com tal perspectiva, a sociedade sem estado funciona para que não existam desigualdades, manifestam-se contra a exploração e divisões sociais e pretendem que essas figuras não



sejam possíveis (CLASTRES, 2014, p. 238). No entender de Andityas Matos (2014, p. 176) “no mundo dos selvagens o poder político se confunde com a própria sociedade, e é essa coincidência que torna possível a negação de coisas similares ao Estado e à economia de mercado, construtos separados da comunidade”.

Ao que parece há necessidade de se recusar a história oficial, o historicismo, para se pensar criticamente o arquétipo societário em que vivemos e se de fato só é possível (sobre)viver em uma estrutura estatal que se estabelece pela divisão social do trabalho e que funciona a partir do sistema econômico capitalista. Com os diagnósticos de Clastres apresenta-se possível negar o caráter *a-histórico* das sociedades primitivas latino-americanas e, conforme já mencionado anteriormente, podemos pensar com Benjamin e Dussel, que a história é uma narrativa dos vencedores e, portanto, uma história do poder que se mostra possível pelo monopólio da violência, desse modo, “ao contrário do que fazemos, os indígenas referidos por Clastres não escrevem e apresentam a si mesmos algo como uma história, ou seja, uma narrativa em que os conflitos sociais são reduzidos a momentos dialéticos ideais que sempre apontam para o *télos* do Estado” (MATOS, 2014, p. 178).

Ainda, diz Andityas Matos (2014, p. 178):

Somente recusando o peso da história oficial será possível construir alternativas viáveis diante do capitalismo, que já se naturalizou enquanto a única ‘história’ capaz de possibilitar a autocompreensão de nossas sociedades. Para criticar essa visão monolítica é necessário levar a sério o olhar dos “primitivos”. Sem uma história que os limite, eles se encontram no aberto de uma realidade em que comando e obediência não fazem sentido.

Por conseguinte, tem que se recusar imagens ideológica e discursivamente construídas a fim de indicar a possibilidade de reconhecimento de superioridade de uma cultura sobre outras, com o objetivo de que se manifeste a recusa da historiografia tradicional. Somente com esse colocar-se contra se torna possível o reconhecimento de que os modos de vida das sociedades sem estado não representam a selvageria, arranjos sociais que viveriam em processos econômicos de subsistência, em que se nega o trabalho e se privilegia a guerra.

Feitas estas considerações acerca do discurso da historiografia tradicional, importa considerar que no continente americano como um todo ocorreram inúmeras manifestações dos povos ameríndios contra a ideia de organização social em um Estado dos colonizadores, com alguns casos famosos como a guerra de *Nuvem Vermelha* na América do Norte que após dois anos de resistência vence a guerra (BROWN, 2014, p. 158). Na América Latina o processo de colonização já fazia suas vítimas entre os povos nativos e, nas palavras de Eduardo Galeano (1986, p. 49-50):

Em 1581, Felipe II afirmara, perante o tribunal de Guadalajara, que um terço dos indígenas da América já tinha sido aniquilado, e aqueles que ainda viviam eram obrigados a pagar tributos pelos mortos. O monarca disse, além disso, que os índios eram comprados e vendidos. Que dormiam na intempérie. Que as mães matavam seus filhos para salvá-los dos tormentos das minas [...]. A escravidão greco-romana ressuscitava de fato, num mundo distinto; ao infortúnio dos índios dos impérios aniquilados da América hispânica é preciso somar o terrível destino dos negros arrebatados às aldeias africanas para trabalhar no Brasil e nas Antilhas. *A economia colonial latino-americana dispôs da maior concentração de força de trabalho até então conhecida, para possibilitar a maior concentração de riqueza que jamais possuiu qualquer civilização na história mundial.*

Nos termos de Galeano o quadro era de uma violenta maré de cobiça e horror que se abateu sobre os povos latinos com a realização de um verdadeiro genocídio indígena<sup>168</sup>, mesmo que com o início de uma pretensa proteção dos povos nativos pela legalidade, com o reconhecimento desses como seres dotados de alma, contudo, “a ficção da legalidade amparava o índio; a exploração da realidade sangrava-o” (GALEANO, 1986, p. 50).

Diante de tal situação de violência organizada da sociedade estatal dos colonizadores civilizados, só restou aos povos nativos da América resistir, uma vez que “a esperança de renascimento da dignidade perdida incendiaria numerosas sublevações indígenas” (GALEANO, 1986, p. 55). Não seria possível nos limites desse trabalho a reconstrução de todos os focos e narrativas a respeito da

---

<sup>168</sup> Conforme Galeano (1986, p. 50) “Os índios das Américas somavam entre 70 e 90 milhões de pessoas, quando os conquistadores estrangeiros apareceram no horizonte; um século e meio depois tinham-se reduzido, no total, a apenas 3,5 milhões”.

resistência, mas alguns exemplos, como o sítio a Cuzco de 1781 realizado por Túpac Amaru, podem ilustrar as mobilizações indígenas contra o Estado do mundo eurocêntrico, contra a violência organizada pelos colonizadores e que podem nos dar elementos a fim de questionar o universo das sociedades sem Estado como de organizações sociais que vivem na selvageria e na guerra, uma vez que no pensamento indígena de linhas metafísicas o *Um* é o mal e o *Um* é o Estado<sup>169</sup>, assim, a resistência ameríndia “é a tentativa heróica de uma sociedade primitiva para abolir a infelicidade na recusa radical do Um como essência universal do Estado” (CLASTRES, 1990, p. 151).

Pierre Clastres (1990, p. 152) argumenta que a história das sociedades primitivas ou dos povos sem história é a da luta contra o Estado, o que não necessariamente significa uma vida selvagem e sem regras de convívio, e, conforme já mencionado, o objetivo é impedir o aparecimento de um poder descolado do contexto societário e, não obstante, “as normas das sociedades sem Estado são igualitárias, dado que sustentadas por um consenso social interno” (MATOS, 2014, p. 179).

Uma cultura latino-americana resistiu e se forjou nas sombras da dominação eurocêntrica, como uma cultura popular. De acordo com Dussel (2016, p. 13):

En el campo, más allá de México, Lima o Chuquisaca, la cultura mestiza, criolla, indígena gestaba principalmente en su seno la cultura popular latinoamericana en su segunda etapa (la primera habíase dado en Amerindia). Las *clases dominadas* iban constituyendo un *pueblo* en sentido estricto y con él emergía ya una nueva cultura creada en las sombras, en la resistencia, en la tradición oral, en la danza, en la fiesta, en la música, en el trabajo cotidiano, en la memoria.

De tal modo, parece possível vislumbrar toda resistência existente na América Latina como o exercício do direito à resistência a qualquer forma de opressão do poder político e de injustiças e, muito especialmente, de uma luta da sociedade latino-americana

---

<sup>169</sup> Interessante notar a antecedência e a proximidade de tal reflexão com o texto de La Boétie do *Contra Um*, seu famoso *Discurso sobre a Servidão Voluntária*, em que é digno de seu espanto o fato de milhões de homens serem subjugados a um só, de qualidades muitas vezes desumanas e cruéis (LA BOÉTIE, 2009, p. 9).

contra o Estado, justificando-se, desse modo, a desobediência. Ao se concordar com a transcrição de Enrique Dussel linhas atrás, torna-se admissível pensar a possibilidade de uma *desobediência epistêmica*, uma das propostas de resgate da cultura latino-americana como sugestão de uma opção descolonial<sup>170</sup> a fim de se desvencilhar dos códigos de operações - inclusive biopolíticos -, que são controlados pela economia e teoria política eurocêntricas (MIGNOLO, 2008, p. 287).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das veias abertas na América Latina *resta* importante voltar à atenção para suas cicatrizes, deixadas pela experiência de dor, sofrimento e resistência de seus povos, retorno que agora se faz como memória, lembrança e reflexão acerca da promessa da história de que no ingresso em seu *continuum* tudo ficaria bem, dentro do padrão civilizatório.

Nesse horizonte de perspectiva, a pretensão foi a de uma análise crítica das táticas discursivas como práticas de poder que envolvem o universo do discurso e construíram imagens como as do selvagem e do bárbaro com o propósito de justificar as pretensões de tomada da terra na América. Para tanto, o discurso arquiteta as subjetividades daqueles que serão oprimidos e, ainda, os institutos jurídicos – como, por exemplo, a *occupatio* e o descobrimento, entre outros -, objetivam legalizar os processos coloniais de posse do solo do novo mundo. A partir de tais estratégias, torna-se possível ao invasor justificar toda a sorte de violências contra os povos nativos, com a intenção de apropriação de suas riquezas.

Uma das pretensões de se contestar o historicismo tradicional foi a de investigar uma linha de contra discurso ou um pensar a

---

<sup>170</sup> Conforme Mignolo (2008, p. 290): “A opção descolonial é epistêmica, ou seja, ela se desvincula dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento. Por desvinculamento epistêmico não quero dizer abandono ou ignorância do que já foi institucionalizado por todo planeta (por exemplo, veja o que acontece agora nas universidades chinesas e na institucionalização do conhecimento). Pretendo substituir a geo- e a política de Estado de conhecimento de seu fundamento na história imperial do Ocidente dos últimos cinco séculos, pela geopolítica e a política de Estado de pessoas, línguas, religiões, conceitos políticos e econômicos, subjetividades, etc, que foram racializadas (ou seja, sua óbvia humanidade foi negada). Dessa maneira, por ‘Ocidente’ eu não quero me referir à geografia por si só, mas à geopolítica do conhecimento”.

história a *contra pêlo*, que nos possibilita fazer emergir as táticas do poder, autorizando o reconhecimento das manifestações dos povos latino-americanos não como barbárie, mas, sim, como a mais legítima resistência ao modelo de Estado do europeu colonizador. A resistência latino-americana se faz contra o Estado europeu, uma vez que os arranjos societários dos povos da América mantinham o poder político dentro de uma perspectiva de sociedade e não como algo fora dela, bem como havia outro modo de organização da vida, com a existência de normas de convívio igualitárias.

Por fim, o que houve na América e, em especial no espaço latino-americano, foi uma luta da sociedade contra o Estado, compreendida aqui como o exercício legítimo de um direito de resistência às violências praticadas contra os povos ameríndios. Talvez, o mais importante hoje seja a tomada de consciência que o epistemicídio do passado se transforma em diferentes estratégias de dominação no presente, com novas práticas de violência e de domínio que exigem resistência e novas modalidades de desobediência, quem sabe até mesmo epistêmica, como, por exemplo, a opção descolonial. Assim, em nossos dias parece importante recordar o canto imortal de Mercedes Sosa aos corações da América Latina que diz “te han sitiado corazón y esperan tu renuncia, los únicos vencidos corazón, son los que no luchan. No te entregues corazón libre, no te entregues”.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007a.

BARTHES, Roland. **Aula**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix. 1997.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie**. São Paulo: Cultrix/USP, pp 160-175. 1986.

\_\_\_\_\_. Teses sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Um leitura das teses ‘sobre o conceito de história’. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo. 2005.

\_\_\_\_\_. Para uma crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. Org. Jeanne Maria Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: editora 34. 2011.

\_\_\_\_\_. Experiência e pobreza. In: **O anjo da história**. Organização e Tradução de João Barrento. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica editora. 2013.

BORON, Atílio. **Estado, capitalismo y democracia en América Latina**. 1ª ed. Buenos Aires: Clacso. 2003.

BROWN, Dee. **Enterrem meu coração na curva do rio**. Trad. Geraldo Galvão Ferraz e Lola Xavier. Porto Alegre-RS: L&PM. 2014.

BUENO, Roberto. Barbárie: literatura e filosofia moral. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 13, p. 471-498. 2013.

\_\_\_\_\_. Educação, democracia e direitos humanos: a teoria da sociedade aberta democrática e o caso latino-americano. In: SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; BERTHO, Paula Renata (orgs.) **A construção do saber jurídico: revisitando as possibilidades do ensino do direito**. São Paulo: Max Limonad. 2015.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 4, p. 79-84.1987.

CARVAJAL A., Patrício. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil: Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna. In: **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), n. 76. Abril-Junio, 1992.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Trad. Theo Santiago. Francisco Alves. 1990.

\_\_\_\_\_. **Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosacnaify. 2014.

DUSSEL, Enrique. ¿Descubrimiento o invasión de America? In: **Concilium: revista internacional de teologia**, nº 220, p. 481-488.1988.

\_\_\_\_\_. **Europa, modernidad y eurocentrismo**. Disponível na internet: <http://enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>. Acesso em 21/06/2011.

\_\_\_\_\_. **Eurocentrismo y modernidad (introducción a las lecturas de Frankfurt)**. Disponível na internet: <http://www.enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/c/243.1993/articulo.pdf>. Acesso em: 23/03/2016a.

\_\_\_\_\_. **Cultura latinoamericana y filosofía da liberacion (cultura popular revolucionária, más allá del populismo y del dogmatismo)**. Disponível na internet: <http://www.enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/c/1984-149.pdf>. Acesso em: 23/03/2016b.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 2013.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Galeno de Freitas. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. In: **dois pontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp. 33-47. 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, n° 118, pp. 267-308. 2008.

\_\_\_\_\_. Violência e racionalidade jurídica: a potência dos meios. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n° 108, p. 243-291. 2014.

\_\_\_\_\_. Ética, direito e política em tempos de biopoder. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antonio Lopes (Orgs.). **Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação**. São Paulo: LiberArs. 2015a.

\_\_\_\_\_. Civilização e barbárie. In: NOVAES, Adauto (org.). **Fontes passionais da violência**. São Paulo: editora Sesc-São Paulo. 2015b.

KOSSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto / Editora PUC-Rio. 2015.

LA BOÉTIE, Etienne. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Brasília: LGE editora. 2009.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La universalidad de los derechos humanos. In: **Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho**. N° 15-16, p. 613 – 633. 1994.

\_\_\_\_\_. Desobediencia civil y objeción de conciencia. In: **Anuario de Derechos Humanos**, n° 5, p. 159-176. 1988/89.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A multidão contra o estado: rumo a uma comunidade do inapropriável. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n° 108, p. 145-184. 2014.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Entre consciência individual e autoridade estatal: breves reflexões sobre a desobediência civil no estado democrático de direito. In: **Revista da faculdade de direito da UFG**, v. 38, n° 2, p. 149-176. 2014.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Trad. Angela Lopes Norte. In: **Cadernos de Letras UFF**. Dossiê: Literatura, língua e identidade, n° 34, p. 287-324. 2008.

MUÑOZ, Mario Enrique; GRISALES, Dora Cecilia Saldarriaga. El epitemicídio indígena latinoamericano. Algunas reflexiones desde el pensamiento crítico decolonial. In: **Revista CES Derecho**, vol. 5, n° 2, p. 154-164. 2014.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito: uma leitura a partir de Walter Benjamin. In: **Revista de Informação Legislativa**, n° 198, p. 239-254. 2013.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Tiago Clemente. Sobre hermenêutica, direito e literatura: itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colômbia: Universidad Autónoma, vol. 15, n° 29, p. 74-83. 2013.

SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europaeum**. Buenos Aires: editorial Struhart & Cía. 2005.

\_\_\_\_\_. **El orden del mundo despues de la segunda guerra mundial**. Dispoivel na Internet:  
file:///C:/Documents%20and%20Settings/User/Meus%20documentos/Downloads/Dialnet-EIOrdenDelMundoDespuesDeLaSegundaGuerraMundial-2048059.pdf. Acesso em 20/02/2014.

SÓFOCLES. **Antígona**. Transc. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras. 2012.

WOLFF, Francis. Quem é o bárbaro? In: NOVAES, Adauto (org.). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.



# UM INVENTÁRIO SUMÁRIO SOBRE A CONCEPÇÃO DE PAZ E DE ESTADO EM LÊNIN

*Friedrich Maier*<sup>171</sup>

*Rodrigo Passos*<sup>172</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo do texto é responder ao seguinte problema: como proporcionar um inventário sumário sobre a concepção de paz e de Estado em Lênin? Vladimir Lênin, como ficou conhecido o bolchevique russo, foi um dos líderes de um dos momentos mais dramáticos da história contemporânea: a Revolução Russa de outubro de 1917. Alvo de inúmeras vulgarizações intelectuais desde sua morte até aos dias atuais, a sua figura de herói ou de monstro perpassa a história e as contribuições teóricas desse importante autor marxista.

A hipótese central que norteará a exposição sustentará que tais noções – paz e Estado - são definidas em uma perspectiva particular e histórica derivada do marxismo que leva em conta aspectos teórico-práticos de intervenção e transformação concreta de amplo alcance no contexto da Rússia do início do século XX, caracterizando-os como conceitos dinâmicos, não estáticos, que consideram a perspectiva historicista de suas conceituações em termos de transformações, mudanças, contradições e no contexto do conflito entre as classes sociais. Como a hipótese em questão dá a entender, a metodologia, o raciocínio com conseqüências teórico-práticas a ser utilizado é permeado pela unidade orgânica entre história em ótica marxista, teoria e prática com vistas a mudanças de

---

<sup>171</sup> Graduando em Relações Internacionais pela Unesp de Marília e bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

<sup>172</sup> Doutor em Ciência Política pela USP. Docente e Coordenador do Curso de Relações Internacionais da Unesp de Marília. Professor Colaborador e Pós-Doutorando da Unicamp.

grande vulto, ponto sempre almejado pelo líder revolucionário russo. Uma perspectiva alternativa e dinâmica de paz e de Estado – diferente daquelas abordagens tradicionalmente vistas no meio acadêmico, como ver-se-á mais adiante neste texto, são conseqüências desta abordagem metodológica enunciada.

Pode-se estranhar o intuito de abordar um autor como Vladimir Ilitch Ulianov (Lênin), o líder da Revolução Russa de Outubro de 1917 em texto sobre a paz e o Estado. A motivação é acadêmico-científica e jamais de cunho doutrinário ou proselitista. Discutir um problema de pesquisa sobre Lênin não é abordá-lo como um doutrinador infalível ou profeta, tarefa da qual se incumbiu o marxismo vulgar, mecanicista, evolucionista, de inspiração positivista e stalinista, hegemônico direta ou indiretamente na discussão dos temas ligados ao materialismo histórico. Tal abordagem, como se sabe, foi fadada ao fracasso histórico em sua dita experiência socialista, muito mais alinhada a um capitalismo de Estado de cunho altamente repressivo e distanciada da perspectiva lenineana de emancipação humana. De modo diverso, entende-se que Lênin teve suas qualidades como teórico e líder político, mas também inúmeras falhas e limites avaliáveis em termos históricos que são muito mais acessíveis em termos de compreensão, passados cem, pouco mais ou quase cem anos da Revolução de Outubro e da produção de obras importantes relacionadas ao Estado e ao cenário internacional em que aparecem várias possibilidades de discussão do tema da paz.

Um dado pouco conhecido da trajetória de Lênin é sua formação jurídica, outro ponto que vem ao encontro da justificativa neste texto a ser apresentado em um evento com grande ênfase nas questões legais. Impossibilitado de freqüentar a Universidade de São Petersburgo em 1890 pelas autoridades locais e confinado à posição de “aluno externo” em função da sua posição e atuação políticas, lhe foi dada apenas a possibilidade de terminar o curso com o acesso às provas finais (depois de insistentes pleitos de sua mãe) do quarto ano para formar-se, o que fez classificando-se em primeiro lugar como o único com nota máxima em treze disciplinas dentre 134 candidatos (BOLSANELLO, 1994: p. 19).

Feita a justificativa prévia, abordar-se-á o plano do texto.

A primeira parte do texto buscará dar conta de forma de uma das abordagens de paz conforme Lênin e consiste no disposto na segunda seção deste texto. Ela se caracteriza por um forma contraditória em que há unidade orgânica entre paz e guerra. Não se

trata de uma perspectiva apologética da guerra em que a paz não seja viável. Trata-se de entender – e este o ponto a ser exposto sobre Lênin – que a paz comporta histórica e realisticamente contextos de conflitos que de alguma forma estão ligados à guerra. Tal nexos dialético explorado por Lênin na interpretação de Clausewitz – autor clássico sobre a guerra – é o ponto a ser sumariamente tratado neste texto.

A segunda parte buscará abordar a sua teoria do Estado. As considerações finais resumirão os argumentos e buscarão apresentar possibilidades futuras de desenvolvimento ulterior da discussão aqui proposta. Tal parte dividir-se-á em algumas seções que intentam articular os livros “O Estado e a Revolução” e “O imperialismo: etapa superior do capitalismo” a fim de compreender a teoria de Lênin do Estado, isto é, compreender de que forma o líder bolchevique enxergou as atribuições e características principais do Estado, sua transição ao Estado proletário e sua posterior superação pelo definimento. Pretende-se também demonstrar a articulação entre a concepção lenineana de Estado e suas relações internacionais, numa conjuntura chamada pelo próprio autor de Imperialismo.

A fim de alcançar tais objetivos, a terceira seção desse trabalho trará ao leitor uma breve retomada ao contexto histórico onde ambos os livros foram escritos dando atenção ao fenômeno do imperialismo; a quarta seção terá por objetivo demonstrar de que modo Lênin concebe o Estado moderno em relação à doutrina marxista e à luta de classes; na quinta seção demonstraremos as concepções de Lênin acerca do Estado proletário – pós-revolução – e algumas de suas peculiaridades como seu caráter transitório; e, por fim, teceremos algumas considerações finais na sexta e última seção.

## **2 PAZ COMO UM CONCEITO DINÂMICO E CONTRADITÓRIO**

Não há uma definição única de paz por parte de Lênin e a menção a tal conceito aparece em vários momentos diferentes. Escolher-se-á somente uma delas. A perspectiva de abordar a história em termos de constante transformação incide metodologicamente sobre a forma como trata tal conceito, de modo que seria mais preciso referir-se a ele mais como uma noção. Neste texto, buscar-se-á trabalhar a paz em conformidade com seu oposto nos contextos de conflitos militares e revolucionários. Não ao acaso, Lênin interessou-se pelo tema da guerra como algo fortemente ligado

às revoluções. Neste sentido, a paz é vista como uma unidade orgânica com a guerra.

A abordagem sobre a paz é na perspectiva dialética, contraditória que comporta não somente seu oposto em termos conceituais na sequência lógica da definição do argumento, mas o conceito simultaneamente com o seu oposto. Por outras palavras, na perspectiva da lógica triádica dialética de Hegel (1997), de um argumento com seqüência lógica que comporta um sim, um não e simultaneamente um sim e um não. A palavra dialética é raríssimas vezes usadas por Hegel, muito embora ela seja contemplada nas suas linhas de raciocínio. Ponto caro à obra e análises de Marx e Engels, cânones do materialismo histórico a quem Lênin buscou seguir e desenvolver como referencial teórico-prático de análise e de emancipação humana, a dialética de Hegel é aplicada à paz justamente na conexão orgânica com seu contrário, a guerra.

Tal modo de Lênin tratar a guerra e a paz remeteu à forma como o general prussiano Carl von Clausewitz (1780-1831), um provável leitor e estudioso de Hegel<sup>173</sup>, abordou o tema em clássico tratado (CLAUSEWITZ, 1984). O general prussiano concebeu a guerra como uma relação dialética entre a forma pacífica e a forma violenta de manifestação da política. Isto guarda um nexos com o famoso *dictum* clausewitziano de que a guerra é a continuação da política por outros meios. Dito de outra forma, a guerra é a política mais a violência. Todavia, isto não significa que seja fácil delimitar a política pacífica em relação à política violenta. Pelo contrário não há uma relação de continuidade e descontinuidade absoluta entre guerra e paz. Exemplificadora neste sentido é uma das definições clausewitzianas segundo a qual a guerra pode variar desde aquelas de extermínio até a observação armada, esta última, apenas uma aparente paz para aqueles mais desavisados. De toda forma, não fica claramente definida uma delimitação precisa. Lênin travou contato com a obra de Clausewitz em seus estudos nos anos 1890 e no seu exílio em Genebra, legando inclusive anotações em parte dos escritos do general prussiano (LÊNIN, 1979).

Na sua visão a respeito da paz como unidade orgânica com a guerra e outros conflitos, Lênin vai evidentemente viesar suas assertivas em torno da justiça e do caráter da paz e da guerra em torno da questão das classes sociais. Seu objetivo é justamente

---

<sup>173</sup> Ver a respeito CORMIER, 2014.

pensar a revolução proletária, colocando em relevo a aliança com o campesinato russo como o parâmetro de justiça a ser considerado.

Em termos da política nos contextos de paz como unidade contraditória com seu oposto, ela poderá ter seus pontos altos tanto na guerra como na revolução. A unidade dialética e contraditória entre paz e guerra não incide como reflexão na obra de Lênin somente nos conflitos internos de um Estado, mas também na perspectiva mais ampla de uma unidade entre a política interna e as relações internacionais (LENIN, 1979 e 1980).

Tal relação entre os conceitos de guerra, revolução e insurreição pode ser vista na assertiva de Henri Lefebvre (1975, p. 270-1, destaques no original):

Na verdade, porém, o interesse com que Lenine leu Clausewitz vai muito mais longe. Lendo o estratega alemão, Lenine constata esta tese da dialética: não há discontinuidade (*sic*) absoluta nem continuidade absoluta. Há uma unidade entre a paz e a guerra, mas existem diferenças profundas e contradições entre ambas. Não é só nas guerras entre Estados que a política troca a pena pela espada. Esta proposição é também verdadeira na luta de classes. Essa luta, pensada politicamente por Lenine, pensa-se *estrategicamente*. Lenine julga que assim, e só assim, pode reconhecer e desvendar, as iniciativas, as ofensivas e os objectivos reais da classe adversa, que são também estratégicos. Além disto, as guerras entre nações, Estados e povos têm também um conteúdo de classe (um dos exemplos desta afirmação é o Estado opressor, um Estado de classe que, tendo de enfrentar dificuldades interiores e uma oposição poderosa, tenta a diversão clássica: a guerra. Foi o caso de Napoleão III em França – ou do czar em 1905 e 1914).

No mesmo sentido, Lefebvre cita a fracassada aventura do exército czarista na guerra contra o Japão como tentativa de desviar a atenção dos gravíssimos problemas econômicos e sociais da Rússia em 1905.

Guardadas as diferentes proporções e semelhanças, o possível nexos entre guerra e revolução com que Lênin analisou a conjuntura histórica – e formulou diretivas de ação política com o objetivo de tal revolução – se aplicou à perspectiva da conjuntura da Primeira Guerra Mundial. Ela significou a emergência de uma conjuntura favorável a diferentes revoluções socialistas na Europa, inclusive no elo fraco da cadeia imperialista, a própria Rússia czarista. Tal ponto foi efetivamente concretizado por conta da realização da

Revolução de Outubro de 1917<sup>174</sup>, como ver-se-á abaixo nas próximas seções.

Em linhas gerais, a paz na abordagem lenineana não pode ser apartada de seu conteúdo de classe nem à dinâmica mais ampla dos conflitos – inclusive violentos. A paz justa deve ser evidenciada em termos dos interesses das classes dominadas em termos da consecução e da perspectiva revolucionária no horizonte. Em uma palavra, paz não é uma idéia ou formulação isolada, apartada de um contexto mais amplo. Trata-se de algo a ser inserido em contexto histórico, de conflito e das classes em luta, de modo a perceber sua contradição. Assim, a paz traz em si própria de forma inseparável seu antagonismo na forma violenta e coercitiva da manifestação das ações políticas.

### **3 LÊNIN E O CONTEXTO DE SUAS OBRAS SOBRE O ESTADO E O IMPERIALISMO**

“O imperialismo: etapa superior do capitalismo” e “O Estado e a revolução” foram escritos na segunda metade da década de 1910 – na primavera de 1916 e durante os meses de agosto e setembro de 1917, respectivamente. A conjuntura histórica de ambos os livros é, em parte, tema do primeiro deles: o imperialismo no contexto da Primeira Guerra Mundial.

Lênin acompanhava de Zurique, na Suíça, os horrores da grande guerra ao mesmo tempo em que intentava discernir os nexos econômicos que impeliam o capitalismo para uma atitude monopolista de identificação com o Estado. Um ano depois, intentava recuperar a compreensão de Marx e Engels sobre um dos temas mais complexos da teoria marxista: o Estado.

Para o bolchevique, o imperialismo se constitui enquanto uma nova etapa de organização e expansão do capitalismo; é sua fase monopolista, que se desdobra na compreensão de um lado, no capital financeiro que se dá pela união do monopólio dos capitais bancários em união com o monopólio dos capitais industriais e, do outro, na política colonial, que tem por objetivo a expansão das zonas coloniais para ampliar o controle monopolista dessas regiões.

---

<sup>174</sup> Uma análise mais detalhada do nexo entre o pensamento de Lênin e Clausewitz, bem como a relação entre paz, guerra e revolução pode ser consultada em PASSOS, 2012.

Desse modo, Lênin observa grande importância na identificação do capitalismo com o capital monopolista. O monopólio surge da tendência, já prevista por Marx, da concentração de acumulação do capital e se intensifica, segundo Lênin, com a utilização da tática industrial chamada de “integração”, onde os capitalistas buscam dominar grande parte da cadeia produtiva sob a égide de uma única empresa; a emergência dos trustes e cartéis enquanto organizações que buscam escapar e deturpar a livre concorrência; o aumento do poder dos bancos que passam a desempenhar um novo papel no capitalismo global; e na intensificação das políticas coloniais (LÊNIN, 2011b).

Os bancos encontram-se em destaque nesse processo. O autor russo aponta para a mudança do papel dos bancos, que de singelos intermediários de capital no desenvolvimento da indústria passaram a controladores da maior parte do capital-dinheiro disponível nas sociedades. Tal mudança acontece a partir da concentração do próprio capital bancário ao redor de um punhado de instituições poderosas que ampliam ainda mais sua envergadura a partir do regime de “participações” em bancos menores<sup>175</sup>. Tal concentração de capital culmina na ampliação do poderio bancário que por meio do controle dos créditos, dos fundos de investimento e das participações estende seu controle também sobre o capital industrial.

É dessa relação entre o capital bancário e o capital industrial que se compreende o capital financeiro, cujas características são a ampla mobilidade e a capacidade de gerar lucratividades altíssimas a partir da especulação. Tal nível de concentração de capital gera, de acordo com Lênin, uma oligarquia financeira que atribui ao monopólio um maior poder, alcançando todos os ambientes da vida social, inclusive o político<sup>176</sup>.

Surge dessa concentração monopolista e desse poderio financeiro a capacidade dos cartéis, trustes e sindicatos de organizar

---

<sup>175</sup> Lênin discerne esse mecanismo de participações: “Os grandes estabelecimentos, particularmente os bancos, não só absorvem diretamente os pequenos, como os “incorporam”, os subordinam, os incluem no “seu” grupo, no seu “consórcio” - segundo o termo técnico - por meio da “participação” no seu capital, da compra ou da troca de ações, do sistema de créditos, etc., etc.” (Lênin, 2011b, p. 140).

<sup>176</sup> “O capital financeiro é uma força tão considerável, pode dizer-se tão decisiva, em todas as relações econômicas e internacionais que é capaz de subordinar, e subordina realmente, mesmo os Estados que gozam da independência política mais completa”. (Idem, p. 208).

a luta capitalista entre si, partilhando os lucros e os mercados consumidores ao redor do globo. Essa partilha decorre do alto nível de concentração dos monopólios, obrigando-os a dividir o mundo a fim de garantir a obtenção dos lucros. Os Estados seguem uma política colonial diferente dos outros períodos de colonização, uma vez que essa política se encontra numa fase onde a presença do monopólio justifica e impele a necessidade de colonização, culminando numa partilha definitiva do planeta, isto é, quando todas as áreas passíveis de exploração já foram conquistadas restando somente aos monopólios lutarem por novas redistribuições, nem sempre pacíficas:

A posse de colônias é a única coisa que garante de maneira completa o êxito do monopólio contra todas as contingências da luta com o adversário, mesmo quando este procura defender-se mediante uma lei que implante o monopólio do Estado. Quanto mais desenvolvido está o capitalismo, quanto mais sensível se torna a insuficiência de matérias-primas, quanto mais dura é a concorrência e a procura de fontes de matérias primas em todo o mundo, tanto mais encarniçada é a luta pela aquisição de colônias. (LÊNIN, 2011b, p. 209)

O painel do imperialismo pode parecer desolador, mas é nele, como já comentamos acima, que Lênin a partir de sua análise concreta da realidade identifica contradições que permitem caracterizar o período do imperialismo como um “capitalismo de transição” ou ainda um “capitalismo agonizante” (Idem, p. 268). Tais contradições residem no alto nível de socialização da produção encontrado nas grandes empresas monopolistas e que entra em contraste direto com a forma privada de propriedade.

É desse fator ímpar que Lênin observa o imperialismo não como uma era de vitória do capitalismo, mas sim uma era favorável às revoluções, o único processo capaz de mudar o próprio Estado, propondo sua superação. A conjuntura da escrita da reflexão de Lênin sobre o imperialismo há exatos 100 anos<sup>177</sup>, levou-o a entender o imperialismo como antessala da revolução em escala mundial. O choque violento entre os diferentes imperialismos no contexto da Grande Guerra, o amadurecimento das condições objetivas e

---

<sup>177</sup> O texto que se toma por base sobre o imperialismo foi finalizado em 1916 e é, a rigor, incompleto. Lênin tinha a pretensão de desenvolver os nexos políticos da discussão do imperialismo, ponto que jamais chegou a concretizar.



subjetivas das classes dominadas no interior dos Estados beligerantes com a insatisfação decorrente de tal conflito, a possibilidade do “elo fraco” na cadeia interimperialista – a Rússia como país com capitalismo menos desenvolvido, menos industrializado e mais afeito a relações de produção da vida no campo bastante precárias – desencadear o início de um conjunto de revoluções em escala planetária.

Doravante, passar-se-á a caracterizar melhor a forma como Lênin, a partir de Marx e Engels, observa a figura do Estado, sua organização e funções, tarefa essencial para indicar o modelo oposto de Estado transitório pós-revolução.

#### **4 A FUNÇÃO DO ESTADO PARA LÊNIN E SUAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

Toda a teoria do imperialismo de Lênin possui por substrato o Estado de acordo com as caracterizações de Marx e Engels. É em “O Estado e a revolução” que devemos buscar por asserções de uma “teoria do Estado de Lênin” que se dá por meio de uma recuperação, sistematizada por temas, da própria concepção marxiana do Estado.

Em primeiro lugar, devemos apontar que tais autores observam a composição do Estado liberal, seja ele em sua organização monárquica ou republicana, enquanto um Estado a ser superado, visto sua principal e determinante característica: o Estado, datado historicamente, é um meio de opressão de uma classe ante a outra, sua função é garantir a exploração de uma classe pela outra, intentando algum nível de ordem e controle sobre a luta de classes. O Estado concebe-se como “produto da *inconciliabilidade (sic)* das contradições das classes fundamentais na cidade do capital. O Estado surge exatamente no lugar e no momento onde as contradições de classe não podem objetivamente conciliar-se.” (FREITAS, 2011, p. 23).

Tendo essa concepção em mente, podemos definir a “teoria do Estado de Lênin” (e de Marx e de Engels) apenas enquanto uma teoria que, de modo oposto aos teóricos liberais, pretende superar a própria forma do Estado, propondo para isso um processo revolucionário, composto por passos bem definidos e cujo objetivo final é o definimento da própria forma estatal. Visto que trataremos dessa questão na seção posterior, cabe agora discutir essa concepção do Estado liberal mais a fundo.

Tendo por base a luta de classes, isto é, a partir da distinção dos indivíduos em relação à produção que, por sua vez, gera uma cisão da sociedade em classes com interesses opostos e irremediavelmente lutando entre si pelo direito de apropriação da produção, o Estado é concebido enquanto fruto desse processo, um aparato burocrático e coercitivo identificado com uma classe e com o objetivo de submeter outra classe. Lênin sintetiza tal concepção ao citar:

Como o Estado nasceu da necessidade de refrear os antagonismos de classes, no próprio conflito dessas classes, resulta, em princípio, que o Estado é sempre o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante que, também graças a ele, se toma a classe politicamente dominante e adquire, assim, novos meios de oprimir e explorar a classe dominada. (ENGELS apud LÊNIN, 2011a, p. 44)

Seguindo essa lógica, de que o surgimento do Estado descende da luta de classes, temos a importância da organização de uma estrutura repressiva – polícia, forças armadas, prisões e etc – junto com uma estrutura burocrática que garanta essa estrutura repressiva. Tais estruturas desenvolvem-se na Europa por meio das sucessivas revoluções burguesas que intensificam esse aparato.

As formas de organização política, amplamente discutidas e analisadas pelos teóricos liberais, não possuem muita relevância para os adeptos da concepção do Estado enquanto aparato opressivo de classe<sup>178</sup>. Lênin reafirma tal conclusão durante a reflexão acerca da democracia, apontando somente que os Estados democráticos fornecem melhores possibilidades de organização para o proletariado<sup>179</sup>. Apresentando essa reflexão Freitas (2011) justifica a partir de Lênin que qualquer pretensão democrática dos Estados modernos revela-se contraditória em si mesma, uma vez que há duas

---

<sup>178</sup> “As formas dos Estados burgueses são as mais variadas; mas a sua natureza fundamental é invariável: todos esses Estados se reduzem, de um modo ou de outro, mas obrigatoriamente, afinal de contas, à ditadura da burguesia.” (LÊNIN, 2011a, p. 71)

<sup>179</sup> O exposto acima coloca o marxismo num posicionamento ímpar: os adeptos à crítica socialista do Estado são “partidários da república democrática como sendo a melhor forma de governo para o proletariado sob o regime capitalista, mas andaríamos mal se esquecêssemos que a escravidão assalariada é o quinhão do povo mesmo na república burguesa mais democrática.” (Idem, p. 52)

classes sociais com interesses irreconciliáveis e que uma classe explora a outra, podemos apenas falar de *democracia de classe*.

Relacionando as considerações da seção anterior com as considerações realizadas há pouco nessa seção, demonstramos de que modo o Estado capitalista pode se modificar a partir dos interesses de classe. Daí resulta o poder explicativo da teoria marxista sobre o Estado, isto é, nos dois livros estudados de Lênin se apresenta a articulação entre a configuração estatal interna e a representação externa desse mesmo Estado que, visto ser um aparato utilizado pela classe dominante, terá sua configuração externa de modo a defender e expandir os interesses dessa classe dominante. O imperialismo surge da própria alteração dos objetivos e condições (agora mais elevadas) da classe dominante e enquanto reflexo da nova organização do capital.

Do mesmo modo, os estados capitalistas influenciam o desenvolvimento do capitalismo – sempre desigual – ao redor do globo. O modo pelo qual tais potências capitalistas da época conduziram a colonização dos povos da África e da Ásia, deslocando para tais locais cadeias produtivas, altera a própria constituição de suas sociedades – uma vez que possibilita a emergência da classe proletária – e, por conseguinte, de seu Estado.

O nexa entre o interno e o externo, isto é, a identificação do Estado perante uma classe que o instrumentaliza a fim de perseguir seus objetivos de acumulação de capital, são frutos de uma análise detida da realidade por Lênin, uma contribuição importante para discernir a questão da paz entre as nações.

É durante o imperialismo que as guerras internacionais atingem proporções nunca antes vistas em número de mortos e no emprego de tecnologias bélicas. Tais embates não podem ser bem compreendidos se não se estabelecerem os nexos de interesses por trás dos mesmos. No imperialismo, as tentativas de novas partilhas das zonas de influência, mercados e territórios baseiam-se na “força de quem participa na divisão, a força econômica geral, financeira, militar, etc.” (LÊNIN, 2011b, p. 257) e sendo a força sempre alterável, depreende-se que as alianças e acordos dos trustes e cartéis que marcam os períodos de paz, podem ser substituídas por momentos de guerra, numa concepção, como já vimos, orgânica entre os dois momentos (guerra e paz), que possibilita compreender esse movimento:

As alianças pacíficas preparam as guerras e por sua vez surgem das guerras, conciliando-se mutuamente, gerando uma sucessão de formas de luta pacífica e não pacífica sobre uma mesma base de vínculos imperialistas e de relações recíprocas entre a economia e a política mundiais. (Idem, p. 258)

Feitas tais observações, passaremos agora para a seção seguinte, cujo objetivo principal é resumir, de forma seminal, as concepções de Lênin sobre o Estado e seu processo de superação, trazendo à tona algumas questões que envolvem a própria organização do Estado.

## **5 A TEORIA DO ESTADO TRANSITÓRIO DE LÊNIN**

Identificadas as funções e a constituição do aparato estatal, devemos agora tocar na temática da teoria do Estado de Lênin. Observamos sua configuração – sempre a partir de Marx e Engels – em três momentos: a) o momento em conceber o Estado capitalista (liberal); b) o momento em conceber a superação do Estado capitalista a partir da revolução proletária e fundação do Estado proletário transitório; c) o momento em conceber o desaparecimento do Estado proletário de transição, atingindo a fase superior do comunismo.

Podemos afirmar então, que a teoria do Estado de Lênin (e de Marx e de Engels) é uma “teoria do Estado transitório”. Uma teoria que tem por fim o desaparecimento de seu próprio objeto de estudo. Vejamos algumas peculiaridades dessa teoria, sem a qualquer pretensão de esgotá-las.

Em relação à revolução proletária, visto o Estado ser defensor, no capitalismo, dos interesses da burguesia às expensas da classe proletária, Lênin identifica o primeiro passo revolucionário do proletariado com a tomada do poder, isto é, a tomada do Estado pela população organizada em armas. Tal movimento tende a ser violento uma vez que a classe dominante apresentará resistência à revolução, Lênin destaca o papel da violência, nesse processo de mudança para uma nova sociedade como central à teoria marxista. Da violência, a “parteira da história” de Marx, surgiria uma nova sociedade marcada pelo fim da exploração do homem pelo homem.

Chegamos então à questão da ditadura do proletariado que deve ser instaurada após a mobilização da população em armas e da

tomada do poder estatal. Um período no qual cabe ao proletariado a destruição da máquina burocrática do antigo Estado burguês e a expropriação da propriedade privada da burguesia. É um período de excepcionalidade, onde as estruturas do antigo Estado, que garantiam o regime de exploração anterior, são destruídas, deixando um vazio de poder a ser ocupado pelo erigir do Estado proletário. É também um período contraditório em si, uma vez que:

Ao mesmo tempo que produz uma considerável ampliação da democracia, que se torna pela primeira vez a democracia dos pobres, a do povo e não mais apenas a da gente rica, a ditadura do proletariado traz uma série de restrições à liberdade dos opressores, dos exploradores, dos capitalistas. Devemos reprimir-lhes a atividade para libertar a humanidade da escravidão assalariada, devemos quebrar a sua resistência pela força; ora, é claro que onde há esmagamento, onde há violência, não há liberdade, não há democracia. (LÊNIN, 2011a, pp. 136-137)

A complementação do período da ditadura do proletário se dá no erigir do Estado proletário, um Estado que tem por objetivo preparar as bases materiais, organizacionais e morais da sociedade a fim de garantir a transição ao comunismo. A forma de governo desse Estado encontra Lênin, por meio de Marx, nas assembleias laboriosas<sup>180</sup>, na concepção de uma instituição que seja ao mesmo tempo legislativa e executiva, uma comuna que trabalha. Tal momento, deixa explícito na obra de Lênin o caráter necessário das instituições representativas no Estado proletário numa união entre o legislativo e o executivo, a partir de uma concepção diametralmente oposta à teoria liberal da separação entre os três poderes.

O definimento do Estado conclui-se logicamente a partir do primeiro pressuposto sobre a origem do próprio: uma vez que o Estado surge enquanto mecanismo de opressão de uma classe à outra e que a revolução proletária induz ao fim das classes a partir da propriedade social, a função do Estado desaparece, fazendo com que este último também desapareça. Nas palavras de Engels:

---

<sup>180</sup> Que tiveram experiência real durante a Comuna de Paris (1871), ver: LÊNIN, 2011a, pp. 72-97.

O proletariado se apodera da força do Estado e começa por transformar os meios de produção em propriedade do Estado. Por esse meio, ele próprio se destrói como proletariado, abole todas as distinções e antagonismos de classes e, simultaneamente, também o Estado, como Estado. [...] Uma vez que não haja nenhuma classe social a oprimir; uma vez que, com a 'soberania de classe' e com a luta pela existência individual, baseada na antiga anarquia da produção, desapareçam as colisões e os excessos que daí resultavam - não haverá mais nada a reprimir, e, um poder especial de repressão, um Estado, deixa de ser necessário. (ENGELS apud LÊNIN, 2011a, pp. 48-49)

Daí descende a compreensão de Lênin "O proletariado precisa do Estado só por um certo tempo." (Idem, p. 103).

Vemos então, o modo pelo qual Lênin, a partir de uma recuperação do proposto por Marx e Engels, concebe o processo revolucionário no objetivo máximo de erigir uma nova sociedade não permeada pela função estatal. Isso todavia, não significa que o teórico bolchevique ignora algumas instituições componentes do Estado liberal.

Como já vimos, Lênin advoga em prol das instituições representativas num formato diverso do preconizado pelos autores liberais, mas sem desqualificar a necessidade de tais instituições. As assembleias legislativas-executivas seriam uma das tarefas de suprimir o parlamentarismo burguês por um tipo de parlamentarismo mais relacionado com o movimento revolucionário:

O meio de sair do parlamentarismo não é, certamente, anular as instituições representativas e a elegibilidade, mas sim transformar esses moinhos de palavras que são as assembleias representativas em assembleias capazes de "trabalhar" verdadeiramente. A Comuna devia ser uma assembleia, "não parlamentar, mas trabalhadora", ao mesmo tempo legislativa e executiva. (LÊNIN, 2011a, p. 84)

Cabe também, nessa temática, a reflexão do autor a respeito da divisão da produção entre a população no período de transição ao comunismo. É a reflexão de Lênin a respeito do direito burguês, um dos alicerces do aparato coercitivo e burocrático do Estado liberal. Lênin admite a permanência do direito burguês durante o período de transição ao comunismo, uma vez que a sociedade saída do capitalismo não é capaz de remover de uma toada só "os estigmas da

velha sociedade”. Todavia, essa permanência não é completa. Lênin identifica no direito burguês uma ativa proteção aos direitos de propriedade privada, direitos esses que são abolidos a partir da expropriação desse tipo de propriedade pelo proletariado organizado em armas sob controle do Estado proletário de transição<sup>181</sup>; o direito burguês remanescente “subsiste em sua outra função: subsiste como regulador (fator determinante) da repartição dos produtos e do trabalho entre os membros da sociedade.” (LÊNIN, 2011a, p. 143).

Vimos, enfim, alguns dos apontamentos dentro da obra de Lênin acerca do Estado proletário de transição. Pontuamos o regime de excepcionalidade do período revolucionário e identificamos reflexões do autor *sub examine* no que tangem aos resquícios da sociedade burguesa no período de transição. Passaremos agora para a última seção deste texto, que pretende trazer uma reflexão final sobre os temas aqui tratados.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um inventário sumário como aquele proposto nesta oportunidade não tem a pretensão de esgotar o tema e tampouco toma-lo como suficientemente desenvolvido. Alcançar o fim pode ser, como na acepção hegeliana que motivou Lênin e os cânones do materialismo histórico - Marx e Engels – apenas o começo. Explique-se dentro da perspectiva metodológica dialética de Hegel que motiva este texto: o todo e as partes são historicamente situados em contexto de transformação, conflitos, mudança e negação. Nada disto tem a ver com evolucionismo ou fatalismo da consecução inevitável da revolução, do socialismo e do colapso do capitalismo, como enunciou o marxismo vulgar de acepção stalinista.

A conjuntura histórica na qual Lênin desenvolveu suas reflexões – fortemente calcadas na ação de sua liderança do Partido Bolchevique russo – promoveu interpretações que tendem a ser tomadas como dogmas e não como possibilidades históricas em contexto específico. As análises do imperialismo, do Estado e do

---

<sup>181</sup> Temos essa questão em: “Assim, na primeira fase da sociedade comunista, corretamente chamada socialismo, o “direito burguês” é apenas parcialmente abolido, na medida em que a revolução econômica foi realizada, isto é, apenas no que toca os meios de produção. O “direito burguês” atribui aos indivíduos a propriedade privada daqueles. O socialismo faz deles propriedade comum. É nisso, e somente nisso, que o “direito burguês” é abolido.” (LÊNIN, 2011a, p. 143).

caráter contraditório e dinâmico das conjunturas de paz não devem ser tomadas como um ponto a ser considerado de forma pétrea. Deve ser considerado como uma possibilidade analítica dotada de sentido em momento específico, cujo desenrolar passou por transformações, colocando dificuldades para a superação do Estado burguês no desenrolar da Revolução Russa e de um aprofundamento da crise do capitalismo global no contexto do imperialismo.

A totalidade integrada contraditória e dinamicamente às partes – ponto caro à análise dialética hegeliana que motivou Lênin – não toma os temas aqui tratados – a paz e o Estado – como pontos estanques e sim como aspectos que fazem parte de um todo, de um conjunto mais amplo que Lênin pretendia ampliar no tocante à sua reflexão e análise tendo como pontos centrais o imperialismo e o tema do Estado, mas não o fez.

Sob tal diapasão, mostrou-se nesta reflexão que a paz não é um conceito estático. Traz consigo um dinamismo e um historicismo afeito às transformações e conflitos envolvendo as classes sociais, aspecto que é nacional e internacional na era do capitalismo imperialista, o formato mais avançado de sua manifestação histórica. Se no plano dos Estados, há a luta de classes no seu interior, os Estados em perspectiva de choque violento evidenciam os conflitos interimperialistas das burguesias nacionais. Como possibilidade revolucionária que se colocava aos povos oprimidos no contexto da Grande Guerra do início dos 1900, a revolução não coloca em questão meramente substituir um Estado burguês por outro de tipo proletário. A tarefa da verdadeira revolução social é a superação do Estado, forma historicamente situada e associada à burguesia. Superar a distinção entre classes sociais e todas as formas de exploração humana passa também pela criação de uma nova sociabilidade que nada tem a ver com o aprofundamento do poder estatal na seqüência da experiência stalinista na União Soviética. Ainda que o legado histórico posterior a Lênin seja diverso de sua enunciação em suas obras, é sempre importante reforçar que tais desdobramentos nada têm a ver com seus escritos.

Cabe sim desenvolver novos pontos à luz das transformações históricas para análises e lutas que coloquem em relevo as formulações de Lênin de forma não dogmática e com caráter criativo e de rigor teórico, sem transformá-lo num profeta. Tal como Estado e paz fazem parte de um todo inseparável, também o fazem teoria e prática, como já sustentava o líder bolchevique.



**REFERÊNCIAS**

**BOLSANELLO, E.** *Lênin: biografia ilustrada*, São Paulo: Anita, 1994.

**CLAUSEWITZ, C.** *On War*, Princeton: Princeton University, 1984.

**CORMIER, Y.** *Hegel and Clausewitz: Convergence on Method, Divergence on Ethics*. *The International History Review*, 2014, 36: 3, p. 419-442.

**FREITAS, F. M. C. F.** *O Estado e a Revolução de Lênin: A doutrina marxista do Estado e as tarefas do proletariado na revolução*. In: **LÊNIN, V. I. O imperialismo: etapa superior do capitalismo**. Campinas: Navegando, 2011.

**HEGEL, G. F. W.** *Princípios da filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

**LEFEBVRE, H.** *O Pensamento de Lenine*, Lisboa: Moraes, 1975.

**LÊNIN, V. I. 1905 – Jornadas Revolucionárias**, Contagem: História, 1980.

\_\_\_\_\_. **Obras Póstumas del General Carl Von Clausewitz acerca de la conduccion de la guerra**. In: ARICÓ, José; GÓMEZ, Jorge Tuta; SILBERBERG, María Inés (org.): **Clausewitz em el pensamiento marxista – Lenin, Ancona, Braun, Razin, Stalin, Engelberg, Korfes – Cuadernos de Pasado y Presente**, México, Siglo XXI, vol. 75, 1979, p. 51-98.

\_\_\_\_\_. **O Estado e a Revolução**. Campinas: Navegando, 2011.

\_\_\_\_\_. **O imperialismo: etapa superior do capitalismo**. Campinas: Navegando, 2011.

**PASSOS, R. D. F.** Uma leitura sobre Lenin, Clausewitz, a revolução e a guerra. *Outubro*, v. 20, p. 149-169, 2012.

**SAMPAIO JUNIOR, P. A.** *Por que voltar a Lênin? Imperialismo, barbárie e Revolução*. In: **LÊNIN, V. I. O imperialismo: etapa superior do capitalismo**. Campinas: Navegando, 2011.



# Instituto Memória

Centro de Estudos da Contemporaneidade

[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)

## CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutor em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França, Mestre em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

-----

### PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS.

Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). Atualmente é Professor Adjunto II na Faculdade de Artes Visuais da Universidade Federal de Goiás, onde coordena o Curso de Pós-Graduação em Cultura Visual.

### PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA.

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

### PROF. DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario na Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

**PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES.**

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Faculdade de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

**PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES.**

Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

**PROF. DR. FERNANDO ARAUJO.**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas, Licenciado em Direito (em 1982). É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutoramento.

**PROF. DR. FERNANDO KNOERR.**

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

**PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER.**

Possui graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas, e Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). É pós-doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ.**

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tchê!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

**PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA.**

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvares Pentead, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

**PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE.**

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). É professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

**PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI.**

Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito ? INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

**PROF. DR. LUC CAPDEVILA.**

Pós-Doutorado, Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

**PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER.**

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em História pela Universidade Federal do Paraná. Leciona em cursos da Graduação do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil.

**PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA.**

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

**PROF. DR. MATEUS BERTONCINI.**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

**PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE.**

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC e é Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. É coordenador - Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

**PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER.**

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

**PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ.**

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

**PROF. DR. PAULO OPUSZKA.**

É Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. É Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. É Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015

**PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.**

Doutor em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

**PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN.**

Possui graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966), mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975) e doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour Etude Scientifique de la Population. Pesquisador cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) desde 1979 e membro fundador do Centro de Documentação e Pesquisa dos Domínios Portugueses (CEDOPE), do Departamento de História da UFPR; Lidera um grupo de pesquisa junto ao CNPq intitulado "Demografia & História".

**PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR.**

Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

**PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR.**

Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

**PROF. DR. WAGNER MENEZES.**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Mestre (PUCPR), Doutor (USP), Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA -ITALIA) e Livre-Docente (USP). Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

ISBN 978-85-5523-088-2



9 788555 230882 >