

# DIREITOS HUMANOS e CIDADANIA

Isael José Santana  
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém  
Léia Comar Riva  
[ORGANIZADORES]

# Direitos humanos e cidadania

Obra financiada



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento  
do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado  
de Mato Grosso do Sul.



ISAEL JOSÉ SANTANA  
GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM  
LÉIA COMAR RIVA  
(Organizadores)

# Direitos humanos e cidadania

© **Copyright dos autores**

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos dos autores.

---

**Isael José Santana; Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém; Léia Comar Riva (Orgs)**

**Direitos humanos e cidadania.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 232p.

**ISBN. 978-85-7993-532-9**

1. Direitos humanos. 2. Cidadania. 3. Unidade Universitária de Paranaíba/MS. 4. Autores. I. Título.

CDD – 340

---

**Capa:** Andersen Bianchini

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

**Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Nair F. Gurgel do Amaral (UNIR/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil)



**Pedro & João Editores**

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

13568-878 - São Carlos – SP

2018

## SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
Benedito Cerezzo Pereira Filho	
APRESENTAÇÃO	9
O COMÉRCIO SEXUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL	13
Luiz Renato Telles Otaviano Aires David de Lima	
A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA A PARTIR DE SUA NATUREZA DÚPLICE	31
Claudia Karina Ladeia Batista	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO VERSUS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA ANÁLISE DO SISTEMA	57
Elisabeth Maria de Mendonça Silva	
OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES	73
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior	
NÔMADES NA CIDADE! O QUE FAZER COM ELES?	95
Cledione Jacinto de Freitas Isael José Santana José Sterza Justo	

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA Léia Comar Riva	113
O QUE É PAZ? Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza	131
O DIREITO E AS IRRITAÇÕES INDÍGENAS SOB A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN Marília Rulli Stefanini	161
NOTAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Mário Lúcio Garcez Calil Carlos Malta Leite Lafayette Pozzoli	181
EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NA ERA DIGITAL Adriana Aparecida de Lima Terçariol Adriano Augusto Fidalgo Raquel Rosan Christino Gitahy	201
SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL “REDEMOCRATIZADO”: NOTAS SOBRE A DIFÍCIL TRANSIÇÃO PARA UM MODELO ESTATAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS Rodrigo Cogo	217

## PREFÁCIO

Em outras oportunidades, alertamos que, para nós, não é função do prefaciador resumir ou interpretar o livro ao qual faz a apresentação. As conclusões sobre o trabalho são incumbência do leitor. É o mínimo que se espera daquele que se propõe a conhecer um livro. É dele que se aguarda a crítica, a relação do assunto versado no texto lido com a prática cotidiana dos membros da sociedade e, acima de tudo, o que se deve (re)pensar sobre o papel e a funcionalidade das Instituições Públicas encarregadas de servir à sociedade.

O presente livro, cujo tema versa sobre Direitos Humanos, é uma provocação ao leitor ávido por reflexão sobre o sentido do humano. Osvaldo Giacóia Júnior, amparado por Nietzsche, ao comentar o assassinato de um garoto de 09 anos – João Hélio – que, durante um roubo em São Paulo ficou preso pelo cinto de segurança e foi barbaramente arrastado pelas ruas, asseverou: “o insuportável não é a dor, mas a falta de sentido da dor, mais ainda, a dor da falta de sentido”.

Esse vácuo de percepção da essência do humano não pode ser tolerado sequer no senso comum. No entanto, é evidente que essa falta de sentido é muito mais preocupante quando sua carência se dá, justamente, naqueles que detêm a responsabilidade de dar sentido aos direitos.

Essa mesma falta de sentido se fez notar em episódio recente envolvendo o judiciário e o ministério público paulista que, juntos, numa relação espúria entre quem acusa e quem julga, determinaram esterilização coercitiva de uma cidadã – Janaína – para a impedir de ter mais filhos (autos de processo n.º 1001521-57.2017.8.26.0360/SP).

Todos os preceitos fundamentais de proteção aos Direitos Humanos foram violados, a um só tempo, nessa infeliz “decisão”. Veja-se que, neste caso, igualmente, não se sabe se o insuportável é a dor, a falta de sentido da dor, ou, então, a dor da falta de sentido.

Mas, nesse ponto, a dor é qualificada, pois, praticada por quem detém o dever de ser o fiscal do ordenamento jurídico e pelo responsável pela garantia dos cidadãos em juízo, ministério público e judiciário, respectivamente.

Os Direitos Humanos, conquistados com muita dor e sangue, estão sendo vilipendiados, apesar do discurso democrático e das vozes em defesa dos direitos fundamentais e das garantias dos cidadãos na justiça.

Da mesma forma que ao fraco não basta levantá-lo, mas, é preciso mantê-lo de pé, precisamos preservar atual os estudos em defesa dos Direitos Humanos. O presente livro é um ótimo exercício para a exata compreensão da conquista desse universal direito.

A obra abarca questões atuais e de relevância, visando, em última análise, a proteção do ser-humano, ou seja, visa dar sentido no que se tem de mais valia, a vida digna.

Boa leitura a todos!

**Benedito Cerezo Pereira Filho**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Professor de Processo Civil nos Cursos de Graduação e pós-graduação da USP – Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e advogado em Brasília, no escritório MARCELO LEAL ADVOGADOS ASSOCIADOS.

## APRESENTAÇÃO

A positivação dos Direitos Humanos não encerra com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Trata-se de um processo em construção. Não restam dúvidas de que tal documento representa um marco histórico, mas considerando seu sentido jurídico, sua aplicabilidade está em constante evolução, na medida em que suas normas são aplicadas ou servem de orientação para interpretação de outras.

Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. [...]É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”<sup>1</sup>.

De mesma forma, no ano vigésimo da promulgação da Constituição da República brasileira, as promessas e o processo de consolidação do Estado Democrático de Direito apresentam como cenário de permanente aprendizagem social, permeados de retrocessos e progressos com constantes desafios.

Referidos desafios exigem da sociedade e, sobretudo, da comunidade acadêmica a pesquisa constante, a filtragem hermenêutica da linguagem constitucional e normas infraconstitucionais por meio de uma interpretação coerente, além de denúncias de relativização de direitos e garantias fundamentais, a apresentação de propostas corajosas de efetivação e proteção aos direitos já conquistados.

Neste cenário, verifica-se que há um consenso geral sobre a realização dos Direitos Humanos, assim como a concretização a Cidadania é uma meta desejável por todos. Porém, o problema atual não consiste em apenas reconhecer, fundamentar ou justificar

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 50, 53.

referidos direitos, mas sim, em como protegê-los e promovê-los, além de efetivar continuamente o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos históricos cujo conteúdo é a proteção daqueles direitos.

Esse é o foco da presente obra coletiva produzida inteiramente na academia, retratando algumas reflexões (breves, mas profundas) acerca dos “Direitos Humanos e Cidadania”.

Os variados temas abordados tais como, Família, Educação, Processo, Era Digital, Democracia, Segurança Jurídica e Pública, Organizações Criminosas, Indígenas, Dignidade da Pessoa Humana, Criminologia, todos com o mesmo pano de fundo, denunciar violação aos Direitos Humanos com reflexos imediatos à Cidadania, apresentar novos aspectos dos direitos e apresentar possíveis soluções para recondução à efetivação dos referidos direitos.

A produção científica em uma Universidade pública no interior do Mato Grosso do Sul não é tarefa fácil, mas é resultado de um processo de qualificação docente e mudança de um projeto que tem por escopo a formação crítica em Direitos Humanos.

Neste sentido, fugindo dos “modismos” e buscando efetivação de tais direitos que não podem ser meramente teóricos e reconhecendo a igualdade, especialmente entre aqueles que socialmente tem menor capacidade de acesso a direitos, que busca implantar uma modalidade de direitos que representem a não violência simbólica própria do exercício do poder e por poder reconhecemos violência em todas as suas manifestações que violem autoridade e se tornem autoritários.

Esta obra tem por finalidade contribuir para reflexão, sem desejar ser uma verdade única, mas a verdade de um livro que tem muito de esforços representados por anos de árduo trabalho e pelo financiamento da Fundect que pode proporcionar a possibilidade de apresentarmos à todos nossa produção e luta pela defesa intransigente dos direitos humanos;

A presente obra coletiva foi produzida com carinho e responsabilidade a fim de contribuir não só para a efetivação dos Direitos Humanos, mas, também legar algo aqueles que correm os

desafios do trabalho sério e procuram colaborar para a construção de uma sociedade que seja, acima de tudo, fraterna como recomenda o Artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*

Inverno de 2018,

**Os Organizadores**



# O COMÉRCIO SEXUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL

Luiz Renato Telles Otaviano<sup>1</sup>  
Aires David de Lima<sup>2</sup>

## DELIENAMENTOS INTRODUTÓRIOS

O presente trabalho tratará da questão social do comércio sexual, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana, eleita constitucionalmente como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>3</sup>

Com efeito, o artigo 1º da Constituição Federal do Brasil estabelece a cláusula federativa e de forma indissolúvel constitui o país em um Estado Democrático de Direito, atribui-lhe os fundamentos nos seus incisos, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Por Estado Democrático de Direito entende-se, primordialmente, a organização social que se pautela pela repulsa à

---

<sup>1</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito pela Unioledo de Araçatuba-SP, Professor adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo-SP. E-mail: luiz\_rto@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail airesnpj@yahoo.com.br.

<sup>3</sup>Constituição Federal, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

concentração de poder e ao autoritarismo estatal, fundada na separação de poderes e respeito absoluto aos direitos e garantias individuais (MORAES, 2000, p. 177).

Embora alguns autores prefiram denominá-los de dimensões, os direitos fundamentais, conforme a ordem cronológica, são classificados pela doutrina como gerações de direitos, sem, contudo, haver um consenso no critério utilizado.

Nesse contexto, temos os direitos fundamentais como:

**Direitos Humanos de primeira geração:** (...) Mencionados direitos dizem respeito às **liberdades públicas e aos direitos políticos**, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de **liberdade**;

**Direitos Humanos de segunda geração:** (...) privilegiam os **direitos sociais, culturais e econômicos**, correspondentes aos direitos de igualdade;

**Direitos Humanos de terceira geração:** (...) Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de **preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores**, só para lembrar aqui dois candentes temas. O **ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade**;

**Direitos Humanos de quarta geração:** segundo orientação de Norberto Bobbio “(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de **quarta** geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (LENZA, 2006, p. 526-527). (grifos do autor).

Esta pesquisa está relacionada à primeira geração, tendo em vista tratar dos direitos de liberdade, conforme será observado a seguir.

Os direitos fundamentais estão em constante e progressivo processo de reconhecimento, movido pelas contínuas formação e reorganização da sociedade; assim é possível notar que prima o Estado de Direito pelo respeito aos direitos e garantias individuais, os quais devem ser vistos como pretensões que se descobrem, a cada momento histórico, a partir da perspectiva do valor da dignidade humana (MENDES & BRANCO, 2012, p. 174). Dessa forma, entende-se que a questão social do comércio sexual deve ser analisada, fundamentalmente, sob esse viés.

Partindo-se, portanto, da premissa de que a Constituição Federal, na condição de documento de valor superior do ordenamento jurídico, estabelece o respeito à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro, indispensável se faz uma nova mirada sobre a questão do comércio sexual, consentânea com o atual momento do desenvolvimento humano, de modo a superar definitivamente os vetustos vetores morais historicamente inseridos no entorno da questão e delinarem o tratamento jurídico-social dado ao tema.

No entanto, embora reconheçamos que apenas a moral não pode ditar as regras de conduta, o comércio sexual é ponto nevrálgico, pois a exploração sexual, umbilicalmente ligada ao comércio sexual, tem como maiores vítimas as mulheres, com uma série de subprodutos igualmente ilícitos. A essa questão se liga o tráfico de seres humanos,

... pois envolve (...) o uso por tempo indeterminado de suas vítimas. Gera lucro rápido, pois necessita de baixo investimento, e a impunidade do consumidor, que manteve relações sexuais com a vítima, na maioria dos países, também é um grande atrativo. Essa atividade está afetando quase todos os países, sejam de origem transitória ou receptora. (BONJOVANI, 2003, p. 23).

A coisificação do ser humano está diametralmente oposta à sua dignidade, pois nas palavras de Bonavides,

**A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores do período clássico e medieval, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.** (2001, p. 231).

A amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana não se circunscreve a um conceito, pois está intrinsecamente ligada ao ser humano e nas suas mais diversas manifestações; sua magnitude

transcende o próprio direito, que apenas deve assegurar todas as suas expressões.

De acordo com Moraes (2003, p. 129),

(...) é um direito com o qual não há parâmetros de comparação. Não é um direito valorativo, ou quantitativo, e por assim o ser deve ser tido como supremo em relação aos demais. A dignidade é um valor moral inerente ao indivíduo, que enseja o respeito de todos os outros semelhantes, e a constituição de um conjunto mínimo de condições básicas para o desenvolvimento de sua existência. Consiste num mínimo invulnerável de direitos que o ordenamento jurídico deve assegurar a todos de maneira indistinta.

O enfrentamento do tema sob esse novo viés não prescinde, contudo, do reconhecimento de que o comércio sexual, prática de origem remota na história humana sob a forma de prostituição, se desdobrou ao longo do tempo e atualmente pode ser classificado em diversas formas como a própria prostituição, o trabalho sexual/erótico, o turismo sexual, a exploração sexual de adultos, a pornografia infantil e adulta e o tráfico de pessoas com fins sexuais (ACERO, 2011).

No quesito tráfico de pessoas para fins sexuais as estatísticas apontam que, fundamentalmente, entre “as principais vítimas desse tipo de tráfico, praticamente 99%, são mulheres, mais facilmente abordadas e persuadidas e que, ainda em muitos países, enfrentam mais dificuldade do que os homens no mercado de trabalho, não raras vezes em que são discriminadas.” (BONJOVANI, 2003, p. 23)

Em relação à ilicitude da conduta relatada no parágrafo anterior, temos que o comércio sexual, reduzido à ideia de conduta sexual praticada em troca de dinheiro já não satisfaz. A sexualidade enquanto prática atrelada a aspectos morais e religiosos contrasta com a ideia de liberdade individual pautada pela dignidade humana. A desmistificação do ato sexual como pecado ou atentado ao pudor traz à baila novos questionamentos acerca do papel do ordenamento jurídico no trato do fenômeno comércio sexual.

O que se questiona a partir do exposto até aqui, portanto, é se o atual momento de desenvolvimento humano impõe a regulamentação do comércio sexual, com vistas a lhe conferir status de atividade laboral merecedora da respectiva tutela jurídica. Ou, se ao contrário disso, a tolerância acerca do arbítrio individual das pessoas maiores e capazes quanto às suas práticas sexuais e a criminalização de condutas que conduzam à exploração sexual, sob qualquer de suas formas, são respostas suficientemente adequadas ao tratamento do comércio sexual, enquanto problema social.

Na sequência, buscar-se-á contribuir para as soluções das indagações acima, sem, contudo, deixar de considerar os limites próprios de um ensaio acadêmico que não contém a pretensão de apresentar conclusões definitivas ou aprofundadas. Ademais, é de se consignar que o comércio sexual é um fenômeno social multifacetado e, por isso mesmo, o Direito é capaz de apresentar, quando muito, soluções parciais aos problemas a ela inerentes.

### **O comércio sexual e a dignidade da pessoa humana no Brasil**

No intuito de analisar o comércio sexual sob o aspecto jurídico, imperioso apresentar, ainda que em linhas gerais, o tratamento dado ao tema ao longo da evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro.

É de se observar, entretantes, que atos violadores da liberdade sexual humana foram severamente punidos desde a Antiguidade. Cite-se, a título de exemplo, a pena de lapidação (apedrejamento até a morte) prevista na legislação mosaica e a pena de morte no Código de Hamurabi, ambas para o crime de estupro (PRADO, 2011, p. 646).

A primeira Constituição brasileira foi promulgada em 1824, e antes dela vigoraram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, de Portugal. Após o início da história constitucional brasileira, em 1830 ocorreu a promulgação do primeiro Código Penal, o qual seguiu a linha da legislação portuguesa da época, embora tenha sido elaborado no Brasil. No referido Código Penal podemos notar flagrante distinção entre as mulheres consideradas

“honestas”, terminologia não mais existente no atual Código Penal, e aquelas que não seguiam os padrões culturais e costumes da época quanto ao uso do próprio corpo.

Assim, no Capítulo II, sob a rubrica “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra” em sua seção I, podemos encontrar:

#### ESTUPRO

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro for commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

(...)

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a três annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas. (BRASIL, 1830).

Embora a prostituição nunca tenha sido considerada crime no Brasil, os preceitos morais sempre estiveram encartados na legislação penal. Ainda que, durante a vigência do Código Penal do Império se considerasse a prostituição um mal necessário para a manutenção da moral no lar, as prostitutas eram rotineiramente perseguidas, sob a acusação de praticar atos ofensivos à moral e aos bons costumes, conduta incriminada do art. 280 do Código. Além

disso, a criminalização da prostituição foi defendida como política sanitária, sobretudo com o fito de se buscar-a profilaxia para a sífilis (MAZZIEIRO, 1988).

O Código de 1830 expressava, ainda, a diferenciação quantitativa das penas para o crime de cópula carnal por meio de violência ou ameaça no art. 222, de três a doze anos de prisão se a vítima fosse *mulher honesta*, e de um a dois anos se a vítima fosse prostituta, conforme mencionado acima.

Naquele período, a cultura herdada de Portugal deixava exposta a dicotomia entre a mulher dedicada ao marido, filho e afazeres domésticos e a mulher pública. Assim, a mulher

Ou era a “santa mãezinha” ou a “prostituta” (...) para quem essa duplicidade ainda existe. “O arquétipo dessas duas mulheres ainda é muito forte, na sociedade moderna.” De qualquer forma, já não é tão difícil fugir à pecha de mulher da rua, pois no passado nem ser casada resolvia: era preciso parecer casada, ou seja, vestir-se, falar e portar-se como tal. Nada de decotes ou panos diáfanos sobre os seios. Nada de mostrar os dedos do pé, muito eróticos. Nada de perfume ou maquiagem. Era vaidade condenável tanto sorrir demais e mostrar dentes bonitos, como sorrir de menos para não mostrar dentes ruins. Ficar à janela era coisa de “mulher melancólica”. (PRIORE apud ALVES, 2016, s.p)

Em 1890 entrou em vigor o primeiro Código Penal do Brasil República, ainda governado provisoriamente pelo General Deodoro da Fonseca. Manteve-se a possibilidade de incriminação da prostituição sob a acusação de ultraje ao pudor público, art. 282, que previa a conduta de ofender os bons costumes com exibições impudicas, atos ou gestos obscenos atentatórios ao pudor.

Manteve-se, da mesma forma, a diferenciação de pena para o crime de estupro, art. 268, que passou a ser de um a seis anos de prisão se a vítima fosse *mulher honesta*, virgem ou não, e de seis meses a dois anos caso a vítima fosse *mulher pública* ou prostituta.

Inovou-se, por outro lado, com a previsão de dois crimes sob a denominação de lenocínio, que previam as condutas de “excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer

desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem” [sic], art. 277; e “induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer contragendo-as por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no tráfico da prostituição; prestar-lhes, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação” [sic], art. 278.

Embora o lenocínio seja conduta criminosa, objeto de repressão penal desde a antiguidade, presente nas Ordenações Filipinas, não foi previsto no Código de 1830, voltou a ser mencionado no Código de 1890 (PRADO, 2011, p. 649).

No Código de 1940, Decreto-Lei nº 2.848, em sua redação original o Lenocínio estava previsto no Capítulo V sob a rubrica: “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”, posteriormente modificado pela Lei nº 11.106/2005 para “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”. “Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” é a rubrica atualmente válida e sua redação foi determinada pela Lei nº 12.015/2009.

Referido capítulo incrimina algumas condutas, tais como a mediação para servir a lascívia de outrem, e traz no parágrafo primeiro algumas modificações implementadas por leis posteriores. Assim como o ocorrido com o artigo anterior, o favorecimento da prostituição também sofreu mudanças, em seu *nomen iuris*, com o complemento do adjunto “ou outra forma de exploração sexual” (BRASIL, DECRETO-LEI 2.848/40). Além disso, houve alteração ainda no artigo 229, contido no mesmo capítulo, para “Casa de prostituição”, sem sofrer substancial mudança de seu conteúdo.

Algumas alterações se devem ao fato de melhor adequação de seus textos, sem alterar substancialmente sua essência, uma vez que, de 1940 até os dias de hoje, houve uma sucessão substancial de fatos os quais exigem adaptações e atualizações e se não fosse a atividade dos revisores, muito do conteúdo da legislação estaria totalmente ultrapassado.

Embora o Código Penal de 1890 não tenha previsto a criminalização da prostituição, houve legislação própria acerca do

tema durante a sua vigência. Em 1892 o Decreto 1.034-A atribuiu ao Chefe de Polícia "ter sob sua vigilância as mulheres de má vida", em 1902, o Decreto 4.763 dispôs que cabia aos delegados urbanos e suburbanos essa vigilância, "da forma que julgar mais conveniente ao bem-estar da população e à moral pública", e em 1907, os Decretos legislativos 1.631 e 6.440 destinaram essa função aos Delegados de Polícia (MAZZIEIRO, 1998).

Com a promulgação do Código Penal de 1940, embora extremamente modificado por várias reformas, vige atualmente. Após reformas, o Título VI do Código, que se denominava "dos crimes contra os costumes", passou denominar-se "dos crimes contra a liberdade sexual".

A expressão *mulher honesta*, contudo, foi retirada do Código somente em 2005. Evidencia-se, portanto, que a legislação penal brasileira manteve a inspiração moral, que a marcou desde o início, por quase dois séculos. Não obstante a manutenção de parâmetros morais, o Código de 1940 colocou fim à diferenciação de pena para os crimes de estupro e atentado—violento ao pudor quando praticados contra prostituta.

Em 2009 houve a última alteração no Código Penal, e o título que trata dos delitos sexuais passou a se denominar "dos crimes contra a dignidade sexual". As frequentes reformas legais evidenciam a necessidade de atualização acerca dos delitos sexuais, afinal o Direito persegue a evolução humana, na tentativa de se adequar às constantes transformações, e assim, os padrões morais e éticos da primeira metade do século passado não mais condizem com a realidade hodierna.

Importante destacar o reconhecimento de que o bem jurídico protegido atualmente é a dignidade sexual. Colocada como parte integrante da liberdade pessoal, a liberdade sexual pode ser definida como "a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito de dispor livremente do seu próprio corpo à prática sexual" (PRADO, 2011, p. 649).

Agora com mais vagar, podemos rememorar o capítulo V do Título VI, do atual Código Penal que trata dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, oportunidade em que incrimina o lenocínio e tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual e incrimina as condutas de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem, art. 227.

Outro crime sob o abrigo da rubrica acima diz respeito à conduta de induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone, art. 228.

A casa de prostituição veio cominada no artigo 229, o qual trata da conduta de manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento onde ocorra exploração sexual, com ou sem o intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

O rufianismo, atividade a qual consiste em tirar proveito da prostituição alheia, com participação direta de seus lucros ou se deixar sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça, veio previsto no art. 230.

Outro artigo de realce, o 231, incriminava o tráfico de mulheres, como objetivo de apenar quem promovia ou facilitava a entrada, no território nacional, de indivíduos os quais exercessem a prostituição ou outra forma de exploração sexual, e ainda promovessem a saída de alguém que fosse exercê-la no estrangeiro. O artigo 231-A previa penalização também para quem facilitasse ou viabilizasse o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Esses artigos foram revogados pelas Leis nº 11.106/2005 e posteriormente pela nº 13.344/2016.

Assim, apresenta-se a evolução da legislação penal brasileira no que se refere ao comércio sexual, em especial na forma de prostituição. Sem olvidar, entretentes, que estão considerados aqui, aproximadamente dois séculos da evolução humana ocidental. Daí porque, imperioso considerar a profunda influência dos diversos estágios da evolução humana e social, nos quais cada um dos textos legais foi concebido.

O respeito à dignidade da pessoa humana que se impõe hodiernamente como imperativo do Estado de Direito, por óbvio, não compactua com categorizações humanas, tais como *mulher honesta* ou *pública*. Destarte, não é possível ignorar as consequências sociais das diversas formas de comércio sexual. Revela-se, portanto, indispensável o enfrentamento do tema muito além de referenciais éticos e morais que historicamente deram contorno à questão.

Essa tarefa não prescinde, como dito antes, do reconhecimento de que o comércio sexual se desdobrou ao longo do tempo, desde a origem remota da prostituição, e atualmente pode ser classificado em diversas formas.

Não bastasse isso, merece consideração ainda o fato de que a modernidade impõe novas nuances a serem observadas, como a aceleração da globalização e o desenvolvimento tecnológico, por exemplo (ACERO, 2011). E, por isso tudo, não se pode analisar o fenômeno comércio sexual sem diferenciar as práticas, seu contexto e suas consequências para o ser humano em si, como também para a coletividade.

De acordo com Bonjovani (2003, p. 31), ao se tratar do tráfico de seres humanos, constatou-se que “as mulheres totalizam, anualmente, o número aproximado de 700 mil vítimas. São destinadas principalmente à pornografia e à exploração sexual e configuram 83% da vítima desse tipo de tráfico.”

O lado sombrio do tráfico é a promessa de uma vida melhor, uma vez que, de acordo com a mesma autora acima, “as mulheres traficadas, geralmente, foram iludidas com a promessa de oportunidade de emprego, entraram nos países receptores de forma ilegal ou seus vistos invalidaram-se, tornando-se, assim, vítimas para o tráfico” (op. cit. p. 31)

Advirta-se, de pronto, que é de se reconhecer que quaisquer das vertentes do comércio sexual que importem em exploração ou restrição da liberdade individual, ou envolvimento de crianças, adolescentes e incapazes, devem ser criminalizadas em qualquer ordenamento jurídico contemporâneo, pela absoluta incompatibilidade com a vida humana em padrões de dignidade.

Assim, temos que o integral respeito à dignidade humana deve impor rigorosa repressão legal às condutas exploratórias e abusivas acima mencionadas. De outra banda temos a questão da prostituição ou qualquer outra forma de comércio sexual, por deliberação livre de qualquer tipo de coação, de pessoas maiores e capazes, que, no nosso sentir, merece tratamento diverso, mas nem por isso não condizente com o atual entendimento acerca do livre arbítrio e do respeito à dignidade humana.

O atual estágio do desenvolvimento cultural, assim como o protagonismo da dignidade da pessoa humana, impõe uma virada completa na forma de tratamento de condutas que envolvam a liberdade sexual. Conforme já se disse, e se reafirma, qualquer conduta atentatória à liberdade individual ou interesses de menores e incapazes, além de imoral e antiético, deve ser alvo de repressão pelo direito criminal.

Por outro lado, evidencia-se imperioso reconhecer que diversas práticas como a prostituição, pornografia ou trabalho sexual ou erótico, por exemplo, não podem ser deixadas a uma condição marginal no ordenamento jurídico, se exercido por pessoas maiores e capazes sem qualquer tipo de coação ou violência.

Some-se ao mencionado acima o fato de que a condição de miserabilidade não pode ser o móvel para as práticas em torno do comércio do próprio corpo, pois isso flagrantemente feriria a sua dignidade. O Estado tem o dever de prover meios para que as pessoas possam trabalhar e se desenvolver em sua plenitude, e esse tipo de comércio não deve ser o único colocado à sua disposição para a manutenção da própria sobrevivência.

Entre os modelos atualmente contemplados no mundo ocidental, tem-se que o sistema de regulamentação (legalização) do comércio sexual é o que se apresenta mais adequado a um Estado que se propõe a ter como um de seus fundamentos o respeito à dignidade da pessoa humana. Deixar de reconhecer direitos essenciais, como as garantias de um trabalhador, por exemplo, não se mostra adequado.

A colisão de princípios no caso vertente é assunto no qual devem se debruçar os estudiosos, pois de um lado encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como vimos é um dos vetores do Estado Democrático de Direito, consagrado em nossa Constituição, e, de outro lado, temos o princípio da autonomia de vontade, sem mencionar outros ligados à temática.

Como já visto, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve de vetor a todos os demais Direitos Fundamentais da nossa Constituição, pois é a fonte primária fundamental e, por princípio, esclarece Melo seu alcance e significado, ao asseverar:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que presidem a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1996, p. 545).

Assim, a força dos princípios em nosso ordenamento jurídico e o imperativo do respeito à dignidade humana, princípio consagrado como fundamental na Constituição de 1988, não se coaduna com a ausência de regulamentação de fenômeno de proporções sociais enormes e gerador de uma economia ilegal ou subterrânea de grandes proporções, como o comércio sexual (ACERO, 2011). O respeito à pluralidade impõe que argumentos morais não sejam empecilho à legalização e, especialmente, à proteção jurídica de práticas consideradas integrantes do núcleo da liberdade individual do ser humano.

Note-se que a mera tolerância e a ausência de criminalização não são suficientes para o enfrentamento. Faz-se necessário, de forma urgente, colocar em pauta a regulamentação da atividade laboral das pessoas que, ao fazerem uso de sua liberdade pessoal inviolável, dediquem-se ao comércio sexual.

Já é tempo de reconhecer que o trabalho sexual não está mais adstrito à intimidade pessoal, assim como, na atualidade, fatores como a aceleração da globalização econômica e o avanço tecnológico (ACERO, 2011), confrontados com o atual status do respeito à dignidade da pessoa humana, impõem um novo tratamento legal às pessoas economicamente envolvidas no trabalho sexual.

Não se pode olvidar, ainda, a existência de pessoas que, embora não pratiquem diretamente o comércio sexual, lucram com ele. Tal fato deve ser alvo de políticas restritivas ou regulativas as quais incluam a sua atividade nos limites legais (ACERO, 2010, p. 92).

Somente por intermédio de políticas públicas inclusivas eficazes é que se alcançará o objetivo de estender os direitos humanos fundamentais a todos os indivíduos. A sua eficácia, entretanto, estará condicionada a tratar as diferentes formas de trabalho sexual de acordo com suas características, sem o pressuposto da reprovação moral. Ditas políticas devem ter por objetivo possibilitar cenários que proporcionem uma base sólida para os direitos fundamentais, econômicos, sociais e culturais, somados aos de terceira geração, sob pena de se tornarem ineficazes (ACERO, 2010, p. 92).

## **À GUIA DE CONCLUSÃO**

Uma análise de tema extremamente complexo como comércio sexual não prescinde da observação de que se esbarra em dificuldades de várias ordens, a começar pela delimitação do fenômeno analisado. As conclusões adiante apresentadas, portanto, são consideradas como contribuição para a mudança de posicionamento em torno do adequado tratamento jurídico a ser dado à temática comércio sexual no Brasil.

A opção constitucional por Estado Democrático de Direito, fundamentado pela dignidade da pessoa humana, por óbvio, condiciona a República do Brasil, no que respeita ao tratamento legal de questões que atinjam minorias por meio de discriminação ou privação não compatível com a dignidade humana.

O comércio sexual, de origem remota e quiçá mais antiga que a própria noção de civilização, ainda carece de tratamento condizente com os atuais padrões de liberdade individual, sustentados pela noção de dignidade.

Se, por um lado, a criminalização de condutas sexuais as quais importem em exploração ou restrição da liberdade individual, ou envolvimento de crianças, adolescentes e incapazes, se mostra indispensável, de outra banda, a integração legal de pessoas que fazem uso da liberdade individual como forma de se dedicarem ao trabalho sexual, é indispensável para a promoção do reconhecimento de sua dignidade.

E isso, porque não se admite hodiernamente que o exercício da liberdade individual seja condenado à marginalidade, apenas tolerado ou não criminalizado. Imperioso, portanto, conferir ao trabalho sexual todos os direitos e garantias pertinentes a qualquer outra atividade laboral. Não há outra forma de garantir a dignidade e combater os problemas sociais e econômicos, causados pela ausência de inclusão do trabalho sexual no ordenamento jurídico.

Uma legalização dessa prática interferiria, também, em diversos outros ramos do direito, tais como o tributário e o previdenciário, uma vez que por ser uma atividade, até então, à margem do direito, não incide tributo e as pessoas envolvidas não podem se inscrever na previdência social (ao menos nessa profissão, podem na condição de outros filiados).

Os desafios que se apresentam são imensuráveis; os costumes e a moral têm peso significativo para avanços nessa área; o legislador, por seu turno, ressentido na tomada de medidas impopulares, uma vez que a sociedade, conservadora e discriminatória, ainda não admite a legalização de práticas que sucedem na clandestinidade ou toleradas pelo poder público.

O que se quer com o presente ensaio, não é o incentivo de práticas em torno do próprio corpo, tais como as citadas acima, mas sim o reconhecimento da dignidade de seus praticantes com todo o corolário que lhe é particular, ou seja, uma eficaz proteção do Estado

no seu exercício, para que possam se integrar à sociedade como exercentes de qualquer outra profissão.

Por derradeiro, entende-se que esmiuçar a forma de tratamento a ser conferido pelo ordenamento jurídico ao fenômeno do comércio sexual, tanto quanto apresentar propostas específicas demanda esforço maior que a pretensão do presente ensaio. Acredita-se, entretanto, que chamar a atenção para a necessidade de superar, de fato e definitivamente, entraves como o entendimento moralista e preconceituoso de que a prostituição é um mal necessário, é um passo decisivo para se iniciar o processo, já muito atrasado no Brasil, das mudanças legais indispensáveis no tocante ao comércio sexual.

## REFERÊNCIAS

ACERO, M. T. (2010). **Comercio sexual: una mirada desde de la sociologia jurídica** (1ª ed.). Peru: IIDS IILS.

ACERO, M. T. (Enero/Junio de 2011). **EL DEBATE ENTRE PROSTITUCIÓN Y TRABAJO SEXUAL: Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública**. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6, n. 1, 127-148. Acesso em 20 de junho de 2014, disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/ries/v6n1/v6n1a07.pdf>.

ALVES, Januária Cristina. **O lado feminino no Brasil-Colônia: a vida das mulheres no século XVI**. S. L. 1998, disponível em <<https://super.abril.com.br>>. Acesso em 10 de mar. de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico Internacional de Seres Humanos**. São Paulo: Damásio de Jesus. 2003.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 10 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 10 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei-2848. Institui o Código Penal** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 19 de março de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

MAZZIEIRO, J. B. (1998). **Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros**. *Revista brasileira de História [online]*, 247-285. Acesso em 20 de jun de 2014, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881998000100012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100012).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. (2012). **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva.

MORAES, Alexandre. (julho/setembro de 2000). **Reforma política do estado e democratização**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 116-143.

PRADO, L. R. (2011). **Curso de direito penal brasileiro** (9ª ed., Vol. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais.



# A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA A PARTIR DE SUA NATUREZA DÚPLICE

Claudia Karina Ladeia Batista<sup>1</sup>

## Introdução

O direito à moradia vai além do direito a um espaço físico. Isso porque o homem passa a “pertencer” ao local que habita, de modo que o ato de morar integra sua personalidade. A moradia é o espaço do exercício da individualidade, do convívio familiar e da integração social. Nesse sentido, o direito à moradia suplanta a questão meramente patrimonial e se constitui condição para o exercício de outros direitos. Ocorre que a ausência ou inadequação da moradia também pode ser fator de exclusão social, de marginalização. A partir de tais concepções, o presente trabalho tem por objetivo o estudo das possibilidades de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, voltada a transpor o abismo existente entre a proteção legal do direito à moradia (programa normativo) e sua concretização no plano fático (âmbito normativo). Assim, considerando o exercício da moradia como indispensável ao exercício de uma vida digna, defende-se que a atuação judicial comprometida com a efetivação do direito à moradia encontra na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana e no exercício hermenêutico responsável o sustentáculo para que os ditames constitucionais suplantem as normas civis reguladoras da propriedade e da posse.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Docente no curso de graduação em Direito e Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

Pretende-se com este capítulo apresentar, em breves linhas, como a interpretação responsável e comprometida com a dignidade humana e a constitucionalização do direito de propriedade podem contribuir para que não mais se assista, sob a chancela do Judiciário, a violação do mínimo existencial nas ações de remoção forçada de pessoas no meio urbano por meio de ações de reintegração de posse e congêneres.

## **1. A Densificação da Dignidade da Pessoa Humana como Bússola da Atuação Jurisdicional**

Os direitos fundamentais são parte da própria essência do moderno Estado Constitucional. A noção de direitos fundamentais trespassa a história do Direito, do início à atualidade.

Filiando-se à já mencionada classificação geracional (ou dimensional) dos direitos, Antonio-Henrique Pérez Luño, defende que às três gerações de Estados de Direito correspondem três gerações dos direitos fundamentais: o Estado Liberal, que é a primeira fase do Estado de Direito, é o marco no qual se firmam os direitos fundamentais de primeira geração (as liberdades individuais); o Estado Social, segunda fase do Estado de Direito, é o âmbito jurídico e político no qual surgem os direitos econômicos, sociais e culturais; e o Estado Constitucional, que é a terceira geração, delimita o reconhecimento dos direitos de terceira geração (LUÑO, 2002, p 57).

Todavia, a delimitação, definição e enquadramento dos direitos fundamentais (sobretudo dos direitos fundamentais sociais) dificultam até mesmo as possibilidades de seu controle jurisdicional.

Na tentativa de classificar direitos fundamentais, a doutrina os dividiu, em certo aspecto de forma simplória, em direitos de liberdade e direitos prestacionais. Grosseiramente tratando, tem-se os direitos de liberdade sujeitos a um agir negativo do Estado (não-agir), constituindo verdadeiros direitos de defesa. Os fundamentais sociais, por sua vez, estão costumeiramente ligados a uma atuação positiva do Estado. De fato, os direitos sociais são, a princípio,

dotados de cunho prestacional, mas não só a ele se resumem. Os direitos sociais compreendem tanto direitos a prestações quanto direitos de defesa.

Mariana Figueiredo e Ingo Sarlet (2008) preceituam, entretanto, que não se considere tal classificação de forma estanque, visto que existem direitos negativos (aí considerados os direitos a não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) que apresentam uma dimensão “positiva” (ação estatal), assim como existem direitos a prestações (positivos, portanto) que demandam do Estado ações “negativas”.

Evidenciando as dificuldades de definição do conteúdo dos direitos sociais, mesmo dos mais simples, Robert Alexy retrata o problema dos conceitos indeterminados, sua relação com a chamada justiciabilidade e, sobretudo, “a dificuldade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente” (ALEXY, 2008, p. 508).

Se a complexidade retratada por Alexy já existia quando da análise do conceito de moradia, entende-se que maior complexidade reside na tentativa de definição de direito à moradia.

O termo moradia designa o local de residência com ânimo definitivo, do qual resulta uma série de outros direitos (intimidade, privacidade, inviolabilidade do domicílio, entre outros). Muito embora exista esta vinculação de moradia como um direito e habitação como um elemento físico de concretização daquele direito, não se vislumbra, porém, razões práticas para a aplicação de tal distinção. Há autores para quem a distinção não decorre da dicotomia direito-sujeito (moradia) e concretização-objeto (habitação) e sim de aspectos relacionados ao animus de permanecer em caráter definitivo ou temporário.

O direito à moradia integra o rol dos direitos da personalidade. O direito à habitação insere-se na esfera patrimonial do indivíduo, como um desdobramento do direito real, quer na condição de titular de domínio sobre imóvel habitado, quer quanto ao simples direito real de habitação. Mesmo no meio jurídico, conforme exposto, a

distinção defendida por alguns autores não guarda qualquer relevância.

A despeito da divergência acerca das distinções entre moradia e habitação, adotou-se no decorrer deste trabalho a palavra moradia, quer no sentido mais amplo, relacionado ao direito subjetivo inerente à personalidade, indisponível e irrenunciável, quer no sentido estrito vinculado ao imóvel (o que alguns defendem que mais adequada seria habitação).

Ocorre que o direito à moradia não tem somente uma dimensão social. Trata-se, além disso, de uma garantia contra ingerências indevidas, tanto em relação ao Poder Público quanto no que concerne aos particulares. Ressalta-se que, tratando de sua dimensão negativa ou defensiva, Cláudia Honório sustenta que o direito à moradia traz consigo o dever do Estado e dos demais particulares respeitarem e não intentarem contra tal direito, de modo que todos a ele estão vinculados na interpretação da legislação infraconstitucional. Mais do que isso, a norma impõe “[...] a vedação do retrocesso no tratamento legislativo, sendo que o direito à moradia não pode ser suprimido ou restringido arbitrariamente, nem reduzidas as conquistas até agora alcançadas”. A autora sustenta ainda que em sua dimensão positiva ou prestacional, o direito fundamental à moradia implica no dever do Estado de editar normas para efetivar esse direito, bem como de promover a satisfação desse interesse mediante atuação administrativa ou até mesmo jurisdicional (HONÓRIO, 2008, p.50).

Evidentemente, a complexidade desse direito fundamental influencia até mesmo no que concerne à sua efetivação no campo da realidade. Diante disso, é necessário encontrar uma forma de “mensurar” a concretude do referido direito a partir da própria norma constitucional. Nesse sentido, vale-se neste momento da chamada “Teoria Estruturante do Direito”, tal como construída por Friedrich Müller.

Trata-se, nas palavras de Mário Sérgio Falcão Maia (2013, p. 14), de um “setor dogmático” que “[...] sugere um rico conjunto de imagens persuasivas tanto no campo da interpretação quanto da

aplicação do direito, sendo que na sua própria imagética não há divisão possível destes campos, trata-se de um processo uno de concretização”.

Referida teoria busca não confundir a norma jurídica com o texto da norma. Aliás, a norma é tida como um “todo complexo” formado pela ligação de uma parte abstrata, fornecida pelo legislador por intermédio do texto das normas (programa normativo) e de uma parte concreta, “[...] fornecida pela vida, selecionada e narrada pelo jurista (âmbito da norma). Eis a concretização” (MAIA, 2013, p. 15). Nesse contexto, o objetivo do presente capítulo é o estudo do direito fundamental à moradia, a partir de suas ligações com a dignidade da pessoa humana e de sua natureza “dúplice” (direito de defesa e direito social), bem como sua “concretização” no Brasil, a partir da Teoria Estruturante do Direito.

Elaborada num panorama pós-positivista, a Teoria Estruturante do Direito permite um fluxo entre o mundo do ser (realidade) no conteúdo normativo (dever ser), “oxigenando-o”. Tem-se então, a partir da compreensão da diferença entre norma e texto da norma, que o julgador não está adstrito ao texto, mas a partir dele deve construir a interpretação consoante a realidade. Deixa-se, portanto, o direito estático próprio do positivismo que pressupunha a ideia da norma enquanto algo pronto, produto de ordenamento hermético e extreme de vícios ou lacunas.

Trata-se de um trabalho justificável, tendo em vista a necessidade de aprofundamento no que concerne ao estudo da aplicação do direito à moradia na realidade constitucional brasileira. É impossível dissociar tal direito fundamental da dignidade da pessoa humana, posto que, como bem afirmou Bachelard (1974, p. 358): “a casa é nosso canto no mundo”. Dessa forma, não é excessivo afirmar que a moradia é uma das dimensões mais essenciais da dignidade humana, ou, mais do que, isso, uma de suas decorrências lógicas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 04), o reconhecimento do direito fundamental à moradia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este reclama, em sua dimensão positiva, a satisfação de necessidades existenciais básicas de uma

vida com dignidade, “[...] podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade”. Mais do que isso, assim afirma o referido autor:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. (SARLET, 2003, p. 05)

Embora se tenha dividido os direitos fundamentais para efeitos didáticos, a dignidade humana não pode ser dividida em diversas “frações”, correspondentes aos vários direitos de ordem fundamental. Embora exista o fracionamento apontado de todos os direitos fundamentais essenciais à dignidade, o homem em si não pode ser “fracionado”, de modo que é titular de todas as dimensões de todos os direitos fundamentais, conforme já exposto.

De acordo com Beatrice Maurer, a oposição entre liberdade e dignidade representa uma concepção “fracionada” do homem, em decorrência de não compreendê-lo em sua totalidade. É justamente em decorrência disso que os direitos humanos são naturalmente indivisíveis (MAURER, 2005, p.. 61-79). Ocorre que, diferentemente dos direitos em si, a dignidade não progride historicamente, “[...] mas o respeito desta deve afirmar-se, desenvolver-se. Nisso reside a descoberta cada vez mais apurada da dignidade em si e, portanto, o progresso da dignidade para si ou para nós. A consequência da dignidade da pessoa humana se formaliza num respeito” (MAURER, 2005, p. 85). É justamente em decorrência da necessidade de respeito à dignidade humana que os direitos fundamentais evoluíram, construindo as “gerações” ou “dimensões” até agora racionalizadas pela doutrina jurídica.

No mesmo sentido, considerando o intenso processo de urbanização pelo qual passou o mundo e, via de consequência, o

Brasil, evidente que os direitos fundamentais também evoluíram. Caso assim não tivesse ocorrido, a própria dignidade humana seria irremediavelmente comprometida, construindo em sua completude o cenário apocalíptico intuído por Zigmunt Bauman, no seguinte sentido:

A história em que e com que crescemos não tem interesse no lixo. Segundo essa história, o que interessa é o produto, não o refugo. Ser 'redundante' significa ser extranumerário, desnecessário, sem uso – quaisquer que sejam os usos e necessidades responsáveis pelo estabelecimento dos padrões de utilidade e de indispensabilidade. Os outros não necessitam de você. Podem passar muito bem, e até melhor, sem você. Não há uma razão auto-evidente para você existir nem qualquer justificativa óbvia para que você reivindique o direito à existência. Ser declarado redundante significa ter sido dispensado *pelo fato de ser dispensável* – tal como a garrafa de plástico vazia e não-retornável, ou a seringa usada; uma mercadoria desprovida de atração e de compradores, ou um produto abaixo do padrão, ou manchado, sem utilidade, retirado da linha de montagem pelos inspetores de qualidade. 'Redundância' compartilha o espaço semântico de 'rejeites'; 'dejetos' / 'restos'; 'lixo' – com *refugo*. O destino dos desempregados, do 'exército de reservada mão de obra', era serem chamados de volta ao serviço ativo. O destino do refugo é o depósito de dejetos, o monte de lixo. (BAUMAN, 2005, p. 20).

É justamente nesse sentido que é identificável a direta relação entre a dignidade humana e o direito fundamental à moradia, sem o qual a própria existência das pessoas restaria ameaçada. É com o objetivo de se impedir uma exclusão tão extrema quanto a demonstrada por Bauman que a dignidade humana, em todas as suas dimensões, deve ser defendida por todos os Poderes constituídos, inclusive o Judiciário, até mesmo no que concerne ao direito fundamental à moradia.

A constitucionalização dos direitos e garantias sociais permite uma crítica à ação judicial incipiente na promoção das metas que esses direitos representam, como aponta com Frank Michelman. Ademais, considerando o fato de os direitos sociais criarem exigências orçamentárias e exigirem ações governamentais, não os torna radicalmente diferentes de outros

direitos constitucionalmente protegidos.(MICHELMAN, 2006, p. 148)

Necessário destacar, nesse sentido, a valiosa lição de Nunes Júnior (2009, p. 111) acerca da natureza “pré-normativa” da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor:

[...] a noção de dignidade humana, resgatando o valor intrínseco da vida humana, preordena, como consectário lógico deste valor, a autodeterminação, pois, com base no raciocínio kantiano, se se cuida de um valor impassível de relativização, esta capacidade não pode estar submetida a nenhuma forma de organização estatal ou social hegemônica.

A noção de dignidade integra o núcleo irreduzível de qualquer direito predisposto à proteção do ser humano. Além disso: “[...] por ser valor absoluto, que não deve ser mitigado frente a outros interesses, a dignidade deve ser preservada também por ação positiva, quer frente ao Estado, quer frente a particulares”(NUNES JÚNIOR, 2009, p.112)

Necessário, pois, pensar o ser humano como um fim, incluído na sociedade, com o “[...] direito a ter direitos, ressaltando-se aqui não só os direitos inerentes à autodeterminação, mas também aqueles necessários à preservação de sua dignidade material, vale dizer, os chamados direitos fundamentais sociais” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 113).

Mais do que isso, de acordo com Walter Claudius Rothenburg (2004, p.122), a rigor, a dignidade seria um “[...] direito preponderante, que sempre se imporia em relação aos demais”.

Além disso, a dignidade humana, apesar de sua evidente abstração, de conformidade com a doutrina do jusfilósofo Robert Alexy (2008, p. 113), é uma regra de caráter “absoluto”, nos seguintes termos:

[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua

abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.

Assim, a dignidade humana, enquanto “regra”, não pode simplesmente escapar à aplicação judicial do Direito. Não fosse suficiente, a aplicação jurisdicional da dignidade da pessoa humana, como “regra” que seria, na construção de Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 148-150) algo “razoável”, no seguinte sentido:

Em linhas gerais, isso deve levar a reconhecer que o necessário caráter razoável ou não arbitrário da lei, é dizer, a relação de tensão entre o caso e a regra, introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do Direito [...]. Os juízes continuam cultivando uma ideia anacrônica de si mesmos, como depositários de conhecimentos eminentemente técnico-jurídicos válidos enquanto tais, alijando-se assim das expectativas que a sociedade põe nesses sem receber resposta.

Não bastasse essa ligação direta com a própria dignidade humana, o direito fundamental à moradia, nas palavras de Nelson Saule Júnior (1999, p. 71), tem aplicabilidade imediata e eficácia plena, gerando para o Estado uma obrigação:

Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de constituir políticas públicas que garantam acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida.

Tem-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é um metavalor que impregna as normas constitucionais e constitui verdadeiro meio de conformação do ordenamento jurídico. A partir dessa concepção, defende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser um critério “densificador” da atividade jurisdicional, inclusive no que concerne à concretização do direito fundamental à moradia.

Ocorre que não são raros os casos em que se verificam “abismos” entre o programa normativo e o âmbito normativo, tal qual se passa a expor.

## 2. O Programa Normativo Constitucional do Direito à Moradia

De acordo com já exposto, o direito fundamental à moradia guarda estrita ligação com a dignidade humana, assim como demonstra ao menos duas dimensões (uma defensiva e uma social). Essas conclusões, entretanto, são passíveis de extração a partir do próprio texto constitucional.

Segundo Sarlet (2008, p. 1019), a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia assumiu certo destaque no que concerne ao “programa normativo” desse direito, nos seguintes termos:

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, **destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que condiz com tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares.** Nessa perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção a propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar (grifo nosso).

Ainda de acordo com Sarlet, a Constituição não apresenta uma definição completa do que é moradia, sendo necessário construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos, contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas que tendem a assumir em lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados pelo direito interno (SARLET, 2008, p. 1029). Ainda segundo o autor:

[...] mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais conexos e

autônomos em matéria de moradia, que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais (SARLET, 2008, p. 1034).

Diante disso, a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia, enquanto importante parcela de seu programa normativo, contribui indiscutivelmente para sua concretização, especialmente quando, no Brasil, o âmbito normativo desse direito é marcado pelas mais diversas violações, de conformidade com o que será estudado no próximo tópico.

### **3. O Âmbito Normativo: A Ausência de Efetividade do Direito à Moradia**

A Teoria Estruturante do Direito, a partir de Friedrich Muller, intenta, especialmente, a construção de uma relação dialética entre a norma escrita (programa normativo) e a realidade na qual essa norma deve ser aplicada (âmbito normativo). De conformidade com o que preceitua o referido autor, os “casos difíceis” demonstram que a autolimitação programática é ilusória, de maneira que “os acontecimentos cotidianamente manuseados da concretização hodierna da Constituição dão ensejo ao questionamento da concepção tradicional da norma e da sua aplicação” (MÜLLER, 2000, p. 33).

É nesse ponto que se demonstra a importância do âmbito normativo como “[...] recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte ‘criou’ para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2000, p. 33).

A aferição do âmbito normativo de um direito é importante na aferição da concretude de um direito e, conseqüentemente, de sua efetividade em comparação com o programa normativo desse direito. No que concerne ao direito fundamental à moradia, necessário afirmar uma evidente ausência de concretização, quando se compara seu “programa normativo” e seu “âmbito normativo”.

Nesse sentido, de acordo com a pesquisa de Maria da Piedade Morais, George Alex da Guia e Rubem de Paula (2006, p. 239):

Segundo relatório da agência da organização das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), há uma forte correlação entre a precariedade das condições de moradia e baixos indicadores de desenvolvimento humano, mostrando que 'o lugar de moradia importa'. A existência de uma ou mais inadequações habitacionais ameaça à saúde, à educação e acesso às oportunidades de emprego dos moradores: eles passam mais fome, têm menor probabilidade de conseguir emprego bem remunerado no setor formal, possuem baixo nível educacional, são mais vulneráveis à doença e morrem mais cedo do que a média da população urbana. Assim podemos afirmar que os assentamentos precários se configuram como a materialização das violações aos direitos humanos e sociais básicos..

De acordo com o Observatório Permanente de Conflitos Urbanos, no Brasil, há cerca de quinhentas mil (500.000) unidades habitacionais em potencial em prédios abandonados, além de galpões industriais. Além disso, oitenta e cinco por cento (85%) das famílias desabrigadas têm renda domiciliar abaixo de três salários mínimos. (ALBUQUERQUE, DANTAS *et al* 2007, p. 65)

Esse déficit habitacional, aliado à urbanização massiva e à baixa renda contribui (conforme o que será estudado no próximo capítulo) para o aumento e para a densificação das favelas. De acordo com Raquel Rolnik e Nelson Saule Júnior:

Os números não são precisos, porém podemos afirmar que mais da metade de nossas cidades é constituída por assentamentos irregulares, ilegais ou clandestinos, que contrariam de alguma forma as formas legais de urbanização. Uma parte significativa desses assentamentos é composta por posses de propriedades públicas ou privadas abandonadas ou não utilizadas. Desde os anos 70, os municípios vêm investindo nas chamadas favelas, reconhecendo sua existência como parte da cidade. Entretanto, embora a urbanização das favelas venha sendo defendida e praticada há décadas, a titularidade definida dessas áreas para seus verdadeiros moradores vem esbarrando em processos judiciais intermináveis e enormes dificuldades de registro junto aos cartórios. (2001, p.05).

Comprova-se, nesse sentido, a distância entre o “programa normativo” e o “âmbito normativo” do direito fundamental à moradia.

Esse distanciamento também é ratificado pela prática jurisdicional atual concernente aos procedimentos de reintegração de posse, especialmente no que se relaciona aos chamados “assentamentos informais”.

Para João Maurício Martins de Abreu (2011, p. 391-415), os processos judiciais (ações civis públicas, ações de reintegração de posse e reivindicatórias) não contam sequer com a oitiva dos assentados e, muitas vezes, tramitam sem oferecer a estes a chance de se defenderem.

Os procedimentos judiciais não estão preparados para a preservação do direito fundamental à moradia. Além disso: “[...] o procedimento que vem sendo adotado em muitas ações judiciais revela ínfima consideração com a efetividade da defesa do direito à moradia, ou seja, com a concretização prática do discurso normativo vigente. É, por isso, um procedimento inadequado e ilegítimo” (ABREU, 2011). Aliás, o próprio embasamento das decisões que resultam em grandes desocupações em nada se relaciona ao direito fundamental à moradia. De acordo com o mesmo autor:

Com base em que decidem os tribunais? Normalmente, com base em enrijecidas interpretações de direito civil, sem diálogo com a arquitetura jurídica do direito à moradia. Ou explicam que a moradia constituída, por exemplo, em área pública, é de mera detenção de bem fora do comércio; ou que, quando muito é posse de má-fé, porque constituída sobre bem sabidamente alheio (público ou privado). Às vezes, nossos tribunais acrescentam que as casas dos assentados a serem demolidas não geram vantagem ao proprietário (público ou privado) e concluem que não é devida indenização. Simples assim. Sobre o direito à moradia presencia-se de um trágico silêncio nesses julgados (ABREU, 2011).

Na prática judicial, não é possível encontrar a necessária ponderação com a “segurança jurídica da posse” dos assentados, que deveria ser enfrentada para que, só depois, justificadamente se proferisse uma decisão de “despejo forçado” (ABREU, 2011).

#### **4. Por uma “Ponte” para Vencer o Abismo Entre o Programa Normativo e o Âmbito Normativo do Direito à Moradia**

Há no ordenamento pátrio considerável produção legislativa que protege o direito à moradia no seu aspecto objetivo (o bem imóvel no qual se habita). Tal como já abordado, a instituição do “bem de família”, a lei do inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor no caso de contratos bancários, a regulamentação dos financiamentos habitacionais, previsão legal de subsídios para a aquisição de imóveis, entre outros, protegem ou facilitam o acesso ao bem imóvel sobre o qual se exerce o direito de morar, mas não necessariamente o direito em si.

Verifica-se que diversos institutos jurídicos também foram criados para a proteção do direito à moradia de quem o exerce em imóvel alheio. Tais institutos, porém, ainda têm aplicabilidade restrita em razão de duas grandes barreiras a serem vencidas pelo Poder Judiciário: o descompromisso das decisões com a dignidade humana nas demandas que versam sobre desocupação forçada; e a resistência em considerar o “novo modelo de propriedade” criado pela Constituição Federal de 1988. São dois grandes desafios a serem enfrentados para transpor o abismo que impede a concretização do direito à moradia.

##### **4.1 O Primeiro “Lance” do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com a Dignidade Humana**

Os anseios da natureza humana estão muito mais ligados aos conhecimentos da filosofia que do direito. Entretanto, compete a este último, segundo Sarlet (2013, p. 16) disciplinar “os conteúdos e significados daquilo que poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana.”

O autor defende que o diálogo entre o filósofo e o jurista constitui, numa sociedade democrática, o melhor meio de se estabelecer contornos nucleares das diversas dimensões da dignidade e sua realização prática. Defende o autor que a prática

racional discursiva, necessariamente argumentativa, demonstra o papel efetivo do direito na promoção da dignidade.

Alerta, porém, que a definição de dignidade é tarefa árdua, mormente por se tratar de desdobramento da personalidade e da multiplicidade de seus traços:

[...] a dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa (SARLET, 2013, p. 16).

A dignidade é preexistente ao direito e independe de reconhecimento por este. Seu valor é absoluto e, no pensamento clássico, pode ser tomada como intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável e independente de circunstâncias concretas, sejam elas locais ou pessoais (COMPARATO, 2001, p. 11). Assim, mesmo o autor dos atos mais indignos não pode ser privado de sua dignidade, assim como aquele que desprovido de condições dignas de sobrevivência, dela não abriu mão. É esse o entendimento espelhado pelo art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, pelo qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

No mesmo sentido, o filósofo Immanuel Kant (2005, p. 65) já previa a dignidade como algo inerente ao ser humano, insubstituível e de valor inestimável:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade [...] o que se faz condição para

alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo de preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.

É importante esclarecer que embora a dignidade humana seja algo universal e inata a todo ser humano, os contornos da ideia de dignidade aqui defendida são considerados a partir concepção ocidental, carente de um diálogo intercultural quanto a seu conteúdo. Na valiosa lição de Boaventura Souza Santos (1997, p. 19): “É preciso reconhecer a incompletude do conceito judaico-cristão de dignidade e os obstáculos para sua universalização num contexto multicultural”.

É preciso assim considerar a dignidade no aspecto intersubjetivo, analisando-a para além do indivíduo e inserindo-o num contexto que impõe seu reconhecimento pela ordem jurídica e o reconhecimento de sua condição da ação humana e da política.(ARENDDT, 2000. p. 17)

Os aspectos histórico-culturais não de ser observados quando das considerações acerca da dignidade da moradia. Isso porque a autonomia da pessoa humana e a ideia de autodeterminação fazem com que a dignidade da moradia assuma contornos distintos para populações urbanas, indígenas, remanescente de quilombos, entre outros.

Quanto à dimensão negativa e a dimensão prestacional da dignidade humana, salienta-se que elas são simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade.

Como limite, a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, de maneira que a pessoa não seja reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros. Enquanto tarefa, “dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”. (SARLET, 2013, p. 32)

Por fim, o autor sustenta ainda a existência de um elemento imutável, que se consubstancia no limite que assegura a dignidade de cada um, elemento este que não pode ser perdido ou alienado.

Como elemento mutável tem-se as condições promovidas pelo Estado e sociedade para a fruição da dignidade, razão pela qual esta é também dependente da ordem comunitária. (SARLET, 2013, p. 33)

Embora conceituá-la seja de extrema complexidade, a dignidade é algo real sendo absolutamente identificável sua violação. Não se pretende no caso em tela apresentar um conceito de dignidade. As considerações já tecidas por Sarlet levam a crer que o estabelecimento de conceito incorreria em risco de minimizar a proteção constitucional, em manifesto retrocesso. O fato é que aos juízes não compete investigar o conteúdo ético da dignidade, tarefa esta que cabe ao debate público na esfera parlamentar. O reconhecimento da ofensa à dignidade deve ser externado pelos órgãos judiciais, de cuja manifestação decorrerá consequências jurídicas.

A ausência de definição de dignidade não pode ser argumento para afastar os ditames constitucionais, mormente quando estabelecer um “conceito” a fim de “enquadrar” dignidade um cenário pré-estabelecido é que poderia limitar seu alcance. Ademais, a identificação de ofensa à dignidade humana não carece de um conceito formal. Verifica-se pela experiência comum, capaz de identificar uma flagrante lesão a direito quando diante de uma. Assim, a despeito da existência de um conceito formal de dignidade, é preciso reconhecer sua flagrante violação quando da desocupação forçada desprovida dos requisitos mínimos de atendimento de uma das necessidades humanas mais prementes, que é morar.

De igual sorte a condição de ser gregário, bem como o abandono da vida nômade são elementos que corroboram a relação entre o ser humano e o lugar que o abriga. Defende-se, pois, que todo imóvel que se preste à moradia seja próprio, alugado, cedido, ou ocupado pacificamente a qualquer título merece a guarida do Judiciário enquanto responsável pelo cumprimento dos ditames constitucionais.

Embora a tese aparente, neste ponto, certo descompromisso com a propriedade e os direitos dela decorrentes, espera-se seu desenvolvimento possa evidenciar ao leitor que a ideia defendida se

coaduna justamente a proteção da propriedade em sua acepção constitucional – a propriedade cumpridora de sua função social, tal como abordado no próximo tópico.

Quanto à dignidade humana, esta resulta, em última análise, um meio de promover o respeito à vida, à saúde, à integridade física e à privacidade de milhões de pessoas desprovidas do mínimo existencial em todo o país. Não reconhecer e assegurar tais condições mínimas de vida digna é mais que violar uma disposição constitucional. É negar-lhe um dos aspectos essenciais que instituem a dignidade humana um dos fundamentos do Estado.

Defende-se, como um dos pressupostos para vencer o abismo formado entre o programa e o âmbito normativo, que o direito à moradia seja reconhecido e minimamente assegurado a partir a densificação da dignidade humana, da qual é indissociável.

A decisão judicial proferida nas ações que demandam desocupação de área urbana (sejam possessórias, demolitórias, ações civis públicas etc.) há de subsistir ao crivo da dignidade humana, sob pena de inconstitucional.

#### **4.2 O Segundo “Lance” do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com o “Novo” Direito de Propriedade**

O direito de propriedade, marco do liberalismo econômico vem, ao longo dos anos, internalizando alguns dos aspectos históricos acolhidos no bojo das constituições sociais.

Jorge Miranda (2000, p. 523) defende que o direito de propriedade era considerado uma liberdade e cuidadosamente protegido nas constituições liberais. Já nas constituições mais recentes dos Estados Democráticos de Direito, influenciadas por tendências sociais, fica condicionado por outros interesses e valores da ordem econômica e posto a serviço de uma função social.

A função social não deve ser compreendida como limitadora do exercício da propriedade, mas como elemento desta. De uma nova propriedade. Trata-se de um requisito, agora intrínseco, que faz com que exista uma multiplicidade de estatutos a gerir o direito

de propriedade, que já não cabe numa noção totalitária e individualista. Há que se restabelecer o dimensionamento realista da propriedade e afastar-se, tanto quanto possível, da dogmática de imutabilidade ou direito absoluto.(VARELLA, 2002, p. 42).

Considera-se, pois, a função social como um elemento constitutivo do próprio direito de propriedade. Não se confunde com limitações externas ao exercício de direitos, como por exemplo, o direito de vizinhança. O adjetivo “social” não foi associado casualmente à função que o bem deve cumprir. Tal cumprimento deve dar-se segundo o interesse social, o que não impede que o titular do domínio compatibilize o uso privado com o interesse público.

O cumprimento da função social da propriedade pode inclusive se dar “por quem tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”.(ZAVASCKI, 2002, p. 944)

O imóvel urbano cumpre sua função social quando atende às disposições do plano diretor, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal de 1988. A importância do cumprimento da função social é tamanha que ela é considerada por Betânia Afonsin e Edésio Fernandes como “a espinha dorsal da Política Urbana brasileira e deve aplicar-se às áreas tanto privadas quanto públicas”.(2006. p. 414)

Eros Grau não pactua com o entendimento de que a função social se aplica aos bens públicos. Defendendo o posicionamento de só os bens privados a ela se sujeitam, o autor sustenta:

[...] embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, **é seu pressuposto necessário a propriedade privada**. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a dar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade

coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma. (GRAU, 2002, p. 269)

A despeito da notável contribuição do jurista para o estudo do direito à propriedade, não parece que tal posicionamento seja condizente com os interesses sociais. Se incumbe ao Poder Público, em última análise, o atendimento dos direitos de cunho prestacional, é de se supor que na seara do direito à moradia, a propriedade pública cumpra sua função social. Tal cumprimento pode se dar, inclusive, pela construção de moradias populares, abrigos ou outras medidas destinadas a minorar o problema do déficit habitacional, se assim previsto no plano diretor.

Ao se considerar pleonasma a vinculação do bem público ao cumprimento da função social, deixa-se de dar efetividade à Constituição Federal. Ademais, se o plano diretor previa a destinação de área pública para a edificação de moradias, ao se negar o obrigatório cumprimento da função social pelo bem público tem-se um novo problema: passa-se à possibilidade do emprego da área para qualquer outro fim, a teor da discricionariedade e conveniência da administração pública.

Outra questão relacionada ao não cumprimento da função social por bem público é que, a “desobrigação” de cuidado institucionaliza a negligência. Muitas das ocupações irregulares de áreas urbanas públicas decorrem do desinteresse do Poder Público em dar-lhes destinação e função adequadas.

É óbvio que o não cumprimento da função social por bem público (no caso imóvel) não é caso para a incidência de IPTU progressivo ou desapropriação sanção. Também não é caso de usucapir bens públicos, por expressa vedação constitucional. A não vinculação, porém, dá margem a que o administrador relegue a um segundo plano as questões relacionadas ao déficit habitacional. Defende-se, assim, que o atendimento da função social por bem público é uma obrigação constitucional e não se encontra entre as matérias sujeitas à análise de conveniência e oportunidade.

Falar, pois, em direitos fundamentais pressupõe reconhecer a existência de respectivos deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais. Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade? A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

A defesa da obrigação social é feita em magistral lição por Comparato, que condiciona os direitos decorrentes da propriedade ao cumprimento da função social. O autor defende que, tal como previsto na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito somente ao uso do bem, mas constitui a própria essência do domínio. Assim sendo, o não cumprimento da função social implica que **“as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas”** (COMPARATO, 1997).

A previsão constitucional da função social revolucionou a forma com que se deve tratar o direito de propriedade. O autor expressa esse entendimento com clareza tal que merece registro:

Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que pode envolver o descumprimento de deveres fundamentais (COMPARATO, 1997).

O cumprimento da função social é, pois, obrigação e não mera faculdade. A função social não é um “adorno” atribuído pela Constituição Federal de 1988 à propriedade. Seu descumprimento

autoriza o Estado a promover a sanções ao proprietário descumpridor de tal dever.

A concepção privatista da propriedade, frequentemente reproduzida nas demandas que envolvem remoção de pessoas, sobretudo em decisões em ações possessórias, ignora por completo a nova conformação dada pelo instituto da “função social”.

No feliz dizer de Comparato, autores e tribunais têm desconsiderado a “verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”.(COMPARATO, 1997).

É preciso, pois, que os juízes e tribunais reconheçam as mudanças advindas da constitucionalização do direito civil, notadamente pela compreensão de que o direito de propriedade não pode ser compreendido de forma absoluta, contrária ao conteúdo constitucional e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defende-se que a propriedade, pública ou privada, deve atender ao cumprimento da função social, ou seja, deve ser utilizada, explorada ou destinada para aquilo que dela razoavelmente se espera. A propriedade não pode permanecer incólume para aquele que a abandona. Que dela não cuida. Que não a aproveita para si nem a reverte para qualquer fim que beneficie a coletividade.

Esse não é, entretanto, um discurso retórico de ruptura. O direito de propriedade continua sendo assegurado no rol dos direitos fundamentais. Continua guarnecido de toda a proteção a ele conferida pela Carta Magna e legislação infraconstitucional. Há que se considerar, porém, que de todo esse aparato só há de usufruir a propriedade que atende ao fim social para o qual foi destinada. O abandono e a especulação imobiliária não interessam a ninguém que não ao proprietário. Imóveis nessas circunstâncias não atendem à função social.

Transpor, pois, o abismo existente entre o programa normativo do direito à moradia e sua concretização no âmbito normativo pressupõe que o enfrentamento do direito de propriedade seja feito em conformidade com os contornos a ele dados pela Constituição Federal de 1988.

Defende-se, pois, que vencer o abismo entre o programa normativo e o âmbito normativo pressupõe que o intérprete considere a densificação da dignidade não só em relação ao homem (sujeito do “direito de morar”). É preciso que a dignidade humana, intuito último da função social, sujeite e condicione o bem imóvel (objeto do direito de morar).

Não se pode admitir, diante da “arquitetura” constitucional e dos fundamentos por ela instituídos, que o alcance da norma constitucional consagrada do direito à moradia seja reduzido em razão de concepção arcaica do direito de propriedade em seu caráter absoluto por ela (Constituição) não recepcionada.

## REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de. A Moradia Informal no Banco dos Réus: discurso normativo e prática judicial. In: **Direito GV**, vol. 07, nº 02, p. 391-415. Rio de Janeiro, jul./set. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 09 dez. 2017.

ALBUQUERQUE, Elza; DANTAS, Diana; STREIT, Patrícia et al. **Direito à Moradia: famílias ocupam prédios abandonados para sobreviver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processo de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BACHELARD, Gaston. A Poética do Espaço. In: **Os Pensadores XXXVIII**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BAUMAN, Zigmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários** / Conselho da Justiça Federal, vol. 01, nº 03. Brasília: CJF, 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, nº 24. Porto Alegre, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/-ingo\\_mariana.html#16](http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/-ingo_mariana.html#16)>.

Acesso em: 26 out. 2017. Comentários à nota nº 05.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIA, George Alex da; MORAIS, Maria da Piedade; PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito à Moradia no Brasil (1992-2004). In: **Boletim de Políticas Sociais**, nº 12, p. 230-241. São Paulo, fev. 2006.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: uma leitura sistemática constitucional. In: **Revista Forense**, vol. 104, nº 396, p. 31-57. Rio de Janeiro, mar./abr 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. Contemplando o Misticismo Jurídico: por uma narrativa do processo formador da dogmática neoconstitucional. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, vol. 02, nº 01, p. 01-19. São Paulo, 2013.

MAURER, Béatrice. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana: pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios**

**de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os Direitos Sociais e a Justificativa Política Liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 1 vol., tomo I.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, tomo IV.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 2ª ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Boaventura Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.** In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, p. 15-22. São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 01, nº 02. Belo Horizonte, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (orgs.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro.** In: *Cadernos de Pesquisa*, nº 07, p. 65-80. Brasília, mai. 1999.

ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. In ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (orgs.). **Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana**. São Paulo: Pólis, 2001-b, p. 05.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014, p. 122.

VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO VERSUS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA ANÁLISE DO SISTEMA

Elisabeth Maria de Mendonça Silva<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se à análise da influência das organizações criminosas no Estado Democrático de Direito brasileiro, sob o prisma da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que entende o sistema social como fechado, influenciado pelo ambiente e que possui a comunicação como papel decisivo na formação do sentido para que o sistema faça a redução da complexidade necessária e desenvolva os acoplamentos possíveis. Tal observação se justifica diante da interferência das organizações criminosas, como micro sistema, no sistema político do Estado brasileiro, tendo em vista que aquela causa irritações neste, o tempo todo. Para tanto será investigado se o sistema estatal está apto a controlar a interferência sofrida pelas organizações criminosas ou se há um acoplamento de ambos tendo em vista a ineficiência do Estado frente ao poder e controle demonstrados por estes. O objetivo deste é apontar o quanto há irritações do micro sistema apresentado no sistema estatal e qual a postura deste frente àquele. A pesquisa é bibliográfica pelo método indutivo.

Para tanto, iniciamos com a apresentação do Estado Democrático brasileiro ressaltando o dever do Estado em garantir

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Filosofia do Direito na PUC/SP (São Paulo/SP). Mestre em Direito pelo UNIVEM (Marília/SP). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNAES (Campo Grande/MS). Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Endereço eletrônico: <elisabethmariamendonca@yahoo.com.br>.

que o poder não seja usurpado daqueles que possuem a força legítima deste e sua atuação frente às irritações ocasionadas por subsistemas.

Em sequência é necessário conhecer a atuação das organizações criminosas, principalmente nos presídios e comunidades periféricas, ambientes nos quais o poder dessas organizações se sobrepõe ao do Estado, que os membros desses lugares legitimam os chefes desses grupos.

Frente a esse cenário cabe uma análise da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que dá ao sistema social a ideia de fechamento embora com interferências externas do ambiente que o cerca, utilizando da comunicação para induzir à redução de complexidade e estabelecer os acoplamentos necessários.

Posteriormente, apresentamos a postura do Estado frente ao poder cada vez mais intenso das organizações criminosas no estabelecimento de um poder paralelo ao estatal, cuja legitimidade se deu na presença e ocupação em espaços deixados pelo estado legal.

Dada a complexidade da sociedade moderna, faz-se necessário estabelecer critérios e políticas públicas para que o sistema lecionado por Luhmann possa se fortalecer, e não sucumbir à incerteza e às irritações causadas pelas organizações criminosas que poderiam levar ao caos social.

## **1. O Estado Democrático de Direito brasileiro**

Nas formas mais recentes de governo, o poder está relacionado à Revolução Francesa, mais especificamente, à declaração, que sucede a tomada da Bastilha, na qual a referida revolução inspirou-se nos iluministas, entre estes se dá destaque a Jean-Jacques Rousseau, com a obra “O contrato social”.

Na obra acima citada, o filósofo suíço conceitua o poder estatal como emanando do povo e dando à liberdade caráter de lei constituída pela vontade geral, ou seja, era obedecer a si mesmo, pois cedia parte da liberdade individual, em condições justas, para

um poder central, na segurança de que os deveres comuns a todos asseguraria a convivência pacífica e harmônica, pois esta era a vontade coletiva. Mediante a premissa de formação apresentada, a organização social dependeria das necessidades sociais e da vontade da coletividade, externada pelo poder estatal.

Surge uma forma interpretativa de um direito, que não advém do dirigente para o povo, mas uma inversão, que considera a primazia do povo para o governante, este Direito surge como uma norma reguladora das relações humanas e de expressão de Justiça, conquanto exprima, ao mesmo tempo, o pensamento da sociedade da época ao conceito da mesma.

Frente à concepção de igualdade entre os componentes da sociedade, todos estão legitimados a construção de um corpo soberano, pois é isso que configurará o pacto social. A formação executiva deve gerir e dirigir o Estado com a finalidade de que o parlamento seja o representante da vontade popular. O rompimento do pacto/contrato social enseja a reprimenda do Estado, poder exercido com a anuência do povo, que se vê presente nele.

Essa missão do Direito percorre os séculos, pois o indivíduo social muda com o tempo e os meios de pacificação dos conflitos precisam ser aperfeiçoados e adequados à época em questão. Assim, caminhou a humanidade até chegar ao processo judicial com todas as garantias constitucionais, que revestem o devido processo legal, aperfeiçoando, assim, o sistema de solução dos conflitos existentes.

Nasce, então, o processo, como um meio de compor uma lide, mediante um magistrado dotado de jurisdição, com o poder-dever de dizer o direito, no caso concreto.

Atualmente, o Direito admite casos excepcionais de autotutela, como a legítima defesa, tornando a solução de conflito uma atividade estatal e exclusiva do Estado.

Quando o Estado, centralizador das ações e com a função de dizer o direito, com exclusividade, ainda que nesta exista a permissão de autodefesa, com as promessas da modernidade, temos o império da lei, condição de existência da sociedade. Neste sentido a norma, cujo escopo é a precisão das condutas proibidas, sempre

vindo após o fato, tem caráter simbólico, simbolismo este consistente na subjetividade da regra, que dispõe sobre a conduta típica e antijurídica, ao considerar que o comando não tem o condão, para evitar a transgressão do contrato social, mas apenas a possibilidade de aplicar a sanção, quando ocorrer infração à norma.

O professor Miguel Reale leciona, em uma das suas obras, que a sanção jurídica a ser aplicada é determinada e organizada pelo ordenamento jurídico vigente (REALE, 2002).

Tudo no Direito obedece a esse princípio da sanção organizada de forma predeterminada. A existência mesma do Poder Judiciário, como um dos três poderes fundamentais do Estado, dá-se em razão da predeterminação da sanção jurídica. Um homem lesado em seus direitos sabe de antemão que pode recorrer à Justiça, a fim de que as relações sejam objetivamente apreciadas e o equilíbrio restabelecido (REALE, 2002, p.75).

Assistimos a um fenômeno que não é novo, considerando que há pouco mais de século, as pessoas podiam ser proprietárias de outrem, e disporem de seus corpos com a tutela do Estado. Mas frente a uma possível evolução e, em especial, à positivação de direitos humanos e fundamentais, a autotutela passa a ser vista como fenômeno a ser extirpado, o que não impede que, em certos estratos e ambientes sociais, seja considerada como forma de “justiça” extralegal.

O exercício desta “justiça extralegal” é claramente vislumbrado, nos chamados “tribunais do crime”, nos quais as organizações criminosas agem com leis e exercícios, à margem da condição Estatal.

Frente ao modelo de governo adotado pelo Brasil, somente o Estado detém o poder de disciplinar os mecanismos e formas processuais de coerção do Direito, retendo, dessa forma o monopólio da coação e da aplicação da Justiça (REALE, 2002).

Considerando que o poder é uma criação humana (a expressão Estado pertence a Maquiavel), o autor divide a sua obra de forma a apresentar uma sociedade legitimada na vontade geral e segue, em seu texto, mencionando ou inferindo em quais condições se exerce e

se limita o poder do governante, lembrando que Direito e Estado são unificados, tendo em vista que só o poder cria o direito e só o direito limita o poder. Maquiavel segue apontando os aparatos e o formato daqueles que exercem o poder governamental e, finalmente, trata da forma (sufrágio) de escolha dos mesmos (MAQUIAVEL, 2003).

Os membros do poder Estatal devem garantir que o poder não seja usurpado. É o governante que detém o poder e, com ele se fala do exercício da força legítima. Ainda que haja divergência, em Hannah Arendt, tem-se que entre poder e violência, o que se tem é que deve ser usada a violência legítima para se fazer cumprir o contrato (ARENDR, 2009).

Ressaltando que a natureza humana é o que os filósofos pré-socráticos denominavam como *physis*, aqui entendida como a busca da essência da pessoa, aquele vigor que não se submete à dominação ou à vontade do poder, o que poderia se dizer como sendo o que é. Neste sentido, o presente trabalho parte do pressuposto de que a pessoa humana conserva tal natureza, e pode partir-se, então, daquilo que contrapôs Rousseau a Hobbes, no concernente à natureza boa ou má da pessoa humana. Assim, Rousseau, na sua proposta contratualista, expõe a ideia que “impôs” a mudança do bom selvagem para sociedade civil que o corrompeu:

[...] sendo, porém, a força e a liberdade de cada indivíduo os instrumentos primordiais de sua conservação, como poderia ele empenhá-los sem prejudicar e sem negligenciar os cuidados que a si mesmo deve? Essa dificuldade, reconduzindo ao meu assunto, poderá ser enunciada como segue: ‘ Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim livre quanto antes’. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. [...] até quando, violando-se o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela [...]. Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém [...]. (ROUSSEAU, 1997, v. 1, p. 69-70)

O que levou a tal condição de perda da liberdade primeira, o egoísmo foi fundamental para que fosse necessária a aplicação das

normas; no mesmo sentido do contrato social, Hobbes tem para si que, na natureza, há um estado de violência permanente, em que o homem é o lobo do homem, de forma que, para obterem a paz, os homens instituem o Estado, transferindo ao soberano, assim criado, todos os seus poderes. O Estado torna-se, desta forma, o Leviatã, o onipotente.

Tais informações levam-nos a refletir sobre a capacidade do Estado Democrático de Direito atuar de forma incisiva frente às irritações ocasionadas pelas organizações criminosas. Para tanto, faz-se necessário conhecer a atuação destas.

## **2. A atuação das organizações criminosas no Brasil**

O poder paralelo exercido, nos presídios e nas comunidades periféricas, apresenta uma organização funcional muito semelhante à do Estado de Direito, muito embora infenso às leis organizacionais impostas ao cidadão brasileiro.

Nesse sentido, é necessário dizer que o poder é, de certa forma uma representação, um símbolo que tem mais expressão do inconsciente do que, efetivamente, uma razão prática. Assim, sem precisar exercer a violência, obedece à norma, pois ela foi criada por nós, ou por meio daqueles que nos representam; assim, pensa Rousseau, em um sistema democrático.

Para melhor definir esse simbolismo, cabe citar Bourdieu: “A violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem e também, frequentemente, daqueles que a exercem na medida em que uns e outros são inconsciente de a exercer ou a sofrer” (BOURDIEU, 1996, p.16). O autor completa seu raciocínio afirmando que “O Estado é a posse do monopólio da violência física e simbólica” (BOURDIEU, 1996, p.116).

O que chama a atenção é a obediência dos membros destes locais às normas impostas por estas organizações, como o PCC, em São Paulo, o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro entre outras. O

poder emanado destes grupos afeta toda a coletividade, ao seu redor, dado ao simbolismo de poder que estes exprimem.

A sociedade local legitima a aplicação das regras criadas por eles, com todos os percalços existentes e entende o justo, de forma contrária à norma pré-estabelecida, passo esse da história, extremamente, perigoso para todos os membros da coletividade.

Importante lembrar os ataques atribuídos ao PCC (Primeiro Comando da Capital) em São Paulo, no ano de 2006 (maio a agosto), com mais de 200 ações ofensivas, dentre elas, em 74 Complexos Presidiários, inicialmente, em resposta à transferência de 765 presos para a Penitenciária de Presidente Venceslau, pela Secretaria de Administração Penitenciária. Dentre os líderes da referida facção, estava Marcos Willians Herba Camacho (Marcola) (O Estado de São Paulo, 2006).

O jornal O Estado de São Paulo, em 2008, revelou que, em 2005, o enteado de Marcola fora sequestrado por policiais civis e somente foi solto depois que o chefe da facção pagou o resgate (Estadão, 2008).

Tal fato foi corroborado, em um relatório publicado pela Justiça Global (ONG) e pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Harvard, em maio de 2011, que pontuaram os constantes abusos praticados pelos policiais como ponto crucial para os ataques de 2006; e o sequestro foi apenas o estopim (ABONG, maio de 2011).

O poder expresso por estes grupos e a inércia do Estado frente à atuação e ao crescimento das organizações criminosas desencadeia na análise de como um micro sistema pode afetar desta forma um sistema estatal fechado?

Para entender como esse poder de comando se institui, faz-se necessário analisar a formação das periferias e a constituição da legitimidade dos chefes do denominado “tribunal do crime”, para somente, depois, compreender a opção ou a falta desta em adotar as regras impostas à mercê do Estado, gerando, desta forma, também um conflito político (FELTRAN, 2011).

O caminho adotado pela sociedade periférica é perigoso e se reflete em toda a coletividade. O que urge a análise desse comportamento para traçar estratégias de aplicação de civilidade e de justiça, nas ações individuais dos cidadãos brasileiros.

Foucault explica, em uma de suas obras, que a construção do próprio ordenamento jurídico, no Estado de Direito, passa da ideia de justiça privada para a ideia de justiça pública, pois o direito dá-se como a manifestação de uma guerra, não aquela comum, com danos humanos e patrimoniais, que conhecemos, mas uma guerra de procedimentos e de normas, na qual vencerá nem sempre a justiça (FOUCAULT, 2002).

Cabe aqui uma reflexão sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para conhecer o sistema estatal e suas interferências na busca de estabelecer uma estratégia de atuação do Estado ante as provocações das organizações criminosas.

### **3. A Teoria dos Sistemas**

Na teoria de Niklas Luhmann a noção de sistema é centralizada e baseada no conceito de sistema desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Luhmann se inspira no que os cientistas propuseram uma teoria dos sistemas sociais e uma teoria da sociedade contemporânea. Para Maturana e Varela, os organismos vivos, tal como um vegetal, um animal ou uma bactéria são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos. Isso não quer dizer que "tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as 'partes' ou os 'elementos' de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si" (RODRIGUES, NEVES, 2012, p. 24). No entanto, permanece a ideia de sistema fechado.

Com a teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann, a sociologia transformou-se, pois diante da ideia de sistema fechado não há como desprezar as condições externas a esse sistema e as diferenças entre o sistema e o ambiente que o cerca.

Para Luhmann, o que vai entrelaçar esses dois mundos é a comunicação que se opera com o envolvimento de vários sistemas e se reproduz com a sociedade.

Em outra nuance, é a comunicação que exercerá o papel de formação do sentido estabelecendo o limite entre o sistema social e o entorno dele, de forma a reduzir a complexidade de ambos e criar os acoplamentos necessários.

A complexidade e a comunicação entre os sistemas, na teoria de Luhmann, manifestam-se na formação de subsistemas como a economia, a religião, a política, o direito e outros.

Como o sistema é sempre fechado, será a redução de complexidade fator determinante para o sistema reconhecer a diferenciação entre o que pode ou não ser acoplado ao sistema e fazer as devidas adequações de forma a manter o sistema funcionando de forma satisfatória.

O processo de adequação e de redução de complexidade desencadeiam a autorreprodução e a autopoiese com a consequente evolução da própria sociedade e definirá como a coletividade estruturará suas relações e comunicações.

Dado às inúmeras interferências e possibilidades de estruturação do sistema, tais situações precisam ser administradas de forma a manter o sistema atuando e evitar problemas estruturais que levem ao caos social e manter o ambiente.

O sistema jurídico tem o escopo de ser o “sistema imunológico” da sociedade, e manter o sistema estável frente aos conflitos cotidianos. No entanto, os conflitos precisam ser entendidos como sistemas vivos que se modificam o tempo todo. Nesse caso o sistema jurídico não consegue fazer os acoplamentos necessários em tempo hábil de evitar tantos conflitos sociais (GUERRA FILHO, 1997).

O mesmo autor explica que a complexidade da sociedade atual não atende às necessidades da coletividade com o sistema binário de direito e não direito ou lícito e ilícito, pois as leis preveem os conflitos para o direito e fornece as soluções também para o direito, e não para os membros da sociedade (GUERRA FILHO, 1997).

Isso consiste no verdadeiro desafio da sociedade hodierna, conseguir fazer a redução da complexidade de forma a criar sistema que possam prever as situações futuras de forma a reduzir o risco social e aumente a confiança dos indivíduos no Poder Estatal.

O processo de desmembramento interno e a criação de subsistemas ocorrem no surgimento das organizações criminosas frente ao Estado, sistema social. A interferência daquela, neste, não ocorre de forma isolada, e sim afetando todo o ambiente social. Esta é a principal razão do sistema evoluir a fim de não perecer frente à complexidade do ambiente.

#### **4. A postura estatal frente ao poder das organizações criminosas**

A formação daquilo que chamamos hoje de Estado Democrático de Direito é fruto do longo processo de evolução da formação da sociedade, desde a Grécia até a atualidade. No entanto, a ideia que atualmente consagramos, como forma de governo, foi a lecionada por Montesquieu e Rousseau, como modelo político contrário ao regime absolutista dos reis daquela época.

Para tanto, necessário se faz fazer uma breve incursão na organização da polis, assim na política de Aristóteles, a natureza do *zoo politik*: “essa é uma característica do ser humano, o único a ter noção do bem e do mal, da justiça e da injustiça. E é a associação de seres que têm uma opinião comum acerca desses assuntos que faz uma família ou uma cidade” (Aristóteles, 2000, p. 146).

O autor, Leonardo Greco, levanta a hipótese de que muitos indivíduos renunciam às vias judiciais, para a solução dos seus conflitos, como o reflexo de uma atuação judiciária tardia de prestação da tutela jurisdicional, havendo a necessidade de melhor estruturação e atuação do Poder Judiciário, para reformar a visão formada dessa instituição pela sociedade acerca da atuação com que o raciocínio estará em condições de restabelecer a confiança da população (GRECO, 2006).

A instituição de um Estado Democrático de Direito é a adoção de um sistema fechado o qual este estará apto a se comunicar com

todas as possíveis irritações ao ponto de se estabilizar ou acoplar com a interferência, conforme o caso.

No entanto, a análise do sistema estatal, frente à irritação causada pelas organizações criminosas suscita a questão da capacidade do Estado se reestruturar fazendo as necessárias modificações sistêmicas para alcançar a estabilidade eficaz, cumprindo assim, o seu papel de organização social.

Infelizmente, não é esse o cenário demonstrado cotidianamente. A atuação das organizações criminosas e as consequências do afastamento das vias judiciais em relação aos moradores da periferia e da população carcerária, são características de uma ausência estatal até mesmo nas necessidades humanas básicas de saúde, moradia e segurança, componentes estes que afetam direta e indiretamente a própria vida dos cidadãos.

Diante de tais fatos, não só pela demora dos processos, mas pela ausência do poder Estatal e a conseqüente renúncia de muitos cidadãos ao Estado, acaba restando a estes a adoção da autoridade institucionalizada de membros de facções criminosas, os quais se identificam como instância revestida de autoridade capaz de promover a justiça (FELTRAN, 2011).

Nas comunidades acima citadas estes legitimados são conhecidos como “zeladores da lei”, não pela lei positivada pelo Estado Democrático de Direito, mas pelos chefes do crime, que agem amparados por regras de conduta instituídas por eles mesmos.

A ideia de sistema regulador de conduta, aparece como sistema informal, frente ao sistema formal do Estado, embora ambos tenham a função de poder disciplinador e de manutenção da ordem social de determinada sociedade. O autor, Zaffaroni, demonstra que esse poder penal ilegítimo e clandestino opera-se, absolutamente, às margens da legalidade, principalmente, nos países da América Latina, citando como exemplo alguns grupos de extermínio. Leciona, ainda, que os membros desta comunidade ignoram o sistema punitivo do Estado e submetem-se a esses grupos de poder, sem nenhum controle por parte do poder público (ZAFFARONI, 1991).

É necessário também investigar o nascimento dos grupos criminosos, sua implantação, bem como sua ampliação no espaço geográfico diverso daquele controlado por organizações privadas.

A formação do poder e a atuação de organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital, dá a alguns membros da sociedade a autoridade para exercer a autotutela com a criação de um estado paralelo que tem até, ou o poder do judiciário, não só na esfera penal, mas do direito de família, tudo à mercê do Estado.

O poder-dever de jurisdição é exclusivo ao Estado e necessário, seguindo Norberto Bobbio, entender que “O termo legitimidade designa ao mesmo tempo uma situação e um valor da convivência social” (p.688) e o Estado é o legitimado para o uso da força justa seguindo o ordenamento jurídico brasileiro. A atuação e poder exercido pelas organizações criminosas, em diversas comunidades, são patente, frente à autoridade moral exercida e sua efetividade. O exercício da autotutela e de um sistema legislativo muito parecido com o sistema estatal é vislumbrado em inúmeras situações como demonstrado ao longo do presente, desta forma, faz-se necessário analisar e identificar a intensidade e formação do poder paralelo de uma organização criminosa, bem como traçar um paralelo desses acontecimentos com o pensamento humano de justiça aplicada por este grupo frente à ideologia dos Direitos Humanos. Paralelamente, trata-se de investigar se há convivência ou negligência do Estado ou apenas uma total descrença na Justiça (aplicada pelo Judiciário).

O poder, sua construção e legitimação é uma construção histórica. Assim, desde a existência dos grupos houve poder e seu reconhecimento ou afronta ao poder exercido, na concepção aristotélica do “animal político”, a regulamentação do grupo se dá pelo exercício deste poder e conseqüentemente pelo reconhecimento do mesmo. O marco das modernas constituições está na Revolução francesa de inspiração nos filósofos iluministas entre eles Jean-Jacques Rousseau e sua obra contratualista que determina um poder emanado do povo que o legitima por meio da assembleia e de seus representantes. Neste contexto surgem as promessas da modernidade, e uma tutela do Estado sobre o cidadão, que vai se

aprofundar com o *welfare state*, na metade do século passado. As sociedades então vivem sob a égide do Estado e o reconhecem e legitimam como poder e sua intervenção na forma de Estado social.

Neste diapasão frente às promessas da modernidade não cumpridas nasce o que se denomina “poder paralelo” que exerce funções próprias do Poder estabelecido nas normas legais. No entanto, não se pode negar a existência de um “poder” paralelo, o que afronta o Estado posto, mas que exerce suas funções em diversos campos, mas imbuído na força. No entanto, é necessário aprofundar se este poder está ancorado apenas no medo, ou se a força foi elemento primeiro e a legitimidade se deu pela presença e ocupação dos espaços deixados pelo estado legal.

Sabemos que, então, a mera legitimidade não é fundamento *per si* do poder, nem da obediência, o que o transforma é a eficácia e estabilidade. Neste sentido, o sistema social do Estado pode sucumbir ao subsistema criado pelas organizações criminosas como um câncer é capaz de engolir uma célula saudável se o ambiente lhe é propício a isto.

As organizações teriam ultrapassado suas organizações internas do sistema carcerário, ocupando espaços, mormente, em comunidades com menor poder aquisitivo e conseqüentemente, sem consciência dos direitos fundamentais de aplicabilidade imediata.

Poderia haver nesta relação de fragmentação do poder e de seu exercício a finalidade de permitir que a iniciativa privada obtivesse espaço para implementar aquilo que deveria ser finalidade do estado arrecadador. Assim configurada estaria uma intenção dolosa no espaço da venda de segurança, por grupos legalizados, com a venda do medo haveria, para além das organizações criminosas, outras que ocupassem em espaços de maior abastamento financeiro, o espaço do Estado- segurança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de um Estado Democrático de Direito como regime de governo brasileiro estabelece regras e mecanismos próprios de

um sistema político que segue uma Constituição elaborada e mantida por representantes do povo.

Esses representantes devem gerir e dirigir o Estado com a finalidade de manter a estabilidade social e garantir a vontade popular que lhes foi outorgada pelo voto.

Tal representação dá a estes o poder de governante, lembrando que Direito e Estado são unificados, tendo em vista que só o poder cria o direito e só o direito limita o poder, como nos ensinamentos de Maquiavel e Rousseau.

Ocorre que, cada vez mais atuante, o poder demonstrado pelas organizações criminosas tem causado irritações ao sistema, considerando o paradigma idealizado por Luhmann, de forma a induzir que as medidas adotadas pelos governantes não estão sendo suficientes, frente à complexidade da sociedade moderna.

Tal situação revela a necessidade do sistema evoluir sob pena de não sobreviver ao poder paralelo e ter que fazer acoplamentos perigosos para se manterem nas diretrizes do Estado.

O ambiente que as organizações criminosas estão gerando nas comunidades que demarcam território cria uma nova estrutura de poder que ignora as normas legítimas e estabelece regras chamadas “extralegais” para resolução dos conflitos.

As diferenciações que a sociedade moderna trouxe anseiam por modelos que possam reduzir a complexidade das relações de forma a estabelecer comunicação com o ambiente de forma menos complexa de forma a aproximar o direito da sociedade com maior atenção aos anseios sociais.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2009.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Coleção Os Pensadores).

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.
- FELTRAN, Gabriel de Santis. **Fronteiras de tensão: política e violência nas periferias de São Paulo**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
- GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.
- HOBBS, Thomas. **Leviatan: o la materia, forma y poder de una república eclesiastica y civil**. México: Fondo de Cultura Económico, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril, 1997. v. 1. (Coleção os pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. In: Coleção Os Pensadores. Nova Cultural. São Paulo, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



# OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém<sup>1</sup>

Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Com a superação da concepção liberal, o Estado passou desenvolver novas formas de atuação em especial na intervenção econômica, visando programar as políticas públicas regulando as situações conjunturais da sociedade.

A ideia construída no indivíduo como sujeito de direito viu-se em ascensão diante da necessidade da sociedade que reclamava pela atuação do Estado. Inevitavelmente, exigia-se uma nova postura estatal, sobretudo, pautada na harmonização social e na devida proteção dos direitos outrora conquistados e que, diante das facetas capitalistas, eram sucumbidos, especialmente com a eclosão da Revolução Industrial.

Neste contexto, os princípios que norteavam o desenvolvimento da ordem jurídica, política e social, inicialmente estratificada no Estado de Direito Liberal viam-se prejudicados pela inoperância da máquina estatal diante aos anseios retratados pelos

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) NA Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal; Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: glaucialamblem@hotmail.com.

<sup>2</sup> Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP); Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul; e-mail: advrcaoj@gmail.com.

movimentos sociais. Tais celeumas entoavam não mais só na esfera individual, mas dilatavam ao reclamo de uma sociedade de massa industrialmente evoluída.

Com efeito, tanto quanto aos conflitos individuais, os conflitos de massas eclodiram-se e ao Estado pugnavam por respostas jurisdicionais. As manifestações destes bens jurídicos retratavam na direção de sua universalização e multiplicação, muito além da simples análise do direito individual até então conhecido. É nesta realidade que se vislumbra o caminhar inevitável do Estado de Direito e da progressão constitucionalista na denominada terceira dimensão dos direitos fundamentais.

É neste período que alguns interesses passaram a ser vistos como transcendentais a análise singular do indivíduo, porquanto revelavam-se como interesses transindividuais, para além do simples sujeito de direito. Certamente, tudo isso para a proteção de interesses marcadamente indeterminados, distintos do arrazoado pela doutrina liberal clássica, em flagrante mudança nas relações entre Estado e Cidadão.

Inevitavelmente, outro caminho não se tomaria senão nas substanciais alterações estruturantes do Estado, destacadamente com a força normativa assumida pelos textos constitucionais. Isso porque, as divisões de poderes passaram produzir uma nova concepção na ingerência dos Poderes Executivos e Legislativos, o que coadunou na limitação do poder como pluralismo, o direito de oposição, e, principalmente, na independência e descentralização das funções estatais. Não por menos, sendo veículo de normatização e limitação, os textos constitucionais emergiam como balizas valorativas e normativas do Estado e do próprio cidadão.

Essa evolução, intimamente ligada à transformação da concepção estatal e do movimento constitucionalista - este bem retratado nas dimensões dos direitos e garantias fundamentais - incidiu diretamente na via processual, instrumento imediato para consecução dos preceitos da Constituição e dos dispositivos legais.

Vale dizer, neste ponto, que os mecanismos processuais fincados nos ideais individualistas do liberalismo mostravam

inoperantes diante dos conflitos que se estendiam para além da singularidade, isto é, eram ineficazes em face dos conflitos coletivos. De fato, a disciplina do sistema de acesso coletivo ao Judiciário reclamava a sua organização.

Se, por um lado, o sujeito enquanto “sujeito de direito” tinha resguardada pela via direta da tutela jurisdicional proporcionada pelo processo, à coletividade via-se sufocada pela ausência de uma disciplina processual viabilizasse a efetivação dos bens jurídicos transindividuais.

De toda forma, a evolução da sociedade, o surgimento do consumo de massa e a globalização nos negócios jurídicos fizeram surgir novas modalidades de direitos, que igualmente precisavam ter assegurados o amplo acesso à justiça.

Com essa se, sensível à realidade da imperiosa disciplina do processo coletivo, o legislador constitucional e infraconstitucional brasileiro dispôs de mecanismos para a garantia ao acesso coletivo à justiça, mediante preceitos impostos pelo próprio texto constitucional de 1988 e, ademais, infraconstitucionalmente, pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor, pelas Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados, entre outras leis esparsas.

Destaque, contudo, tendo em vista o marco epistemológico deste artigo, a Ação Civil Pública. Tal ferramenta surgiu como forma não privativa entre as atribuições do Ministério Público prevista na Constituição Federal de 1988, afim da defesa da cidadania, ao passo que se denota vinculada aos princípios constitucionais e para dar-lhes efetividade. Cuida-se, de fato, do mecanismo processual apto a tutela coletiva.

Por evidente, a Ação Civil Pública tem por escopo primordial a proteção dos interesses difusos e coletivos, dentre eles a proteção do patrimônio público e social e o do meio ambiente, dentre outros, marcadamente transindividuais. Nesse sentido, quanto mecanismo processual de tutela coletiva, ela afirmou-se como a via processual adequada para impedir a ocorrência ou reprimir danos aos bens coletivamente tutelados, encontrando-se, com efeito, regulamentada

pela Lei n. 7.347/85, com modificações posteriores e subsidiárias, no microsistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Por ser ela o instrumento da tutela jurisdicional às ceulemas sociais, intensos debates têm sido travados sobre os aspectos de sê-la via adequada a judicialização de temas ligados a políticas públicas e controle de constitucionalidade, por exemplo.

Acerca deste último embate, o controle incidental – ou difuso – de constitucionalidade em ação civil pública, muito se discute ser ela a via adequada para realizar tal intento, inclusive, com corrente sustentando sua inconformidade para tal fim, tendo em vista que, ainda que de forma incidental, a sentença proferida nessa via processual ser detentora de efeito *erga omnes*, o que culminaria na invasão de competência da Suprema Corte.

De toda forma, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quanto contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, qualifique-se como simples questão prejudicial (*incidenter tantum*), indispensável à resolução do litígio, distante de identificar-se como objeto único da demanda.

Aos olhos detidos do Supremo, como se denota, a inconstitucionalidade de lei ou ato outro ato normativo é discutido como causa de pedir, na medida em que o seu pedido será diverso, sob pena de supressão de competência. Contudo, não obstante o controle se dar pela via incidental, e com efeitos entre as partes, em nada impede que a questão de inconstitucionalidade seja apreciada na causa de pedir da Ação Civil Pública para que, no caso concreto, seja afastada e, por via de consequência, aferido o objeto. Nada mais seria que uma necessária filtragem constitucional.

De fato, ponto nevrálgico deste ensaio é analisar que mesmo no exercício do controle incidental de constitucionalidade a Ação Civil

Pública não se desnatura de sua função típica de proteção da tutela coletiva.

Com efeito, em consonância aos princípios que a norteiam esta proteção transindividual, a expansão das “razões de decidir” (*ratio decidendi*) não deve ficar limitada aos litigantes, operando verdadeira transcendência de seus motivos determinantes de forma *erga omnes*, sem tocar ao mérito, ou seja, a pretensão. Insofismavelmente, é nessa crítica que este estudo sustenta a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, calcada na própria teleologia da ação civil pública e da coerência do sistema em face da força normativa da Constituição Federal, a fim de expandir o resguardo dos ditames constitucionais para além dos efeitos *inter partes* produzidas pelo controle incidental de constitucionalidade.

Em outros termos, ocorrerá o que denomina de abstrativização da decisão do controle difuso, cujo âmago nada mais que a produção expansiva dos efeitos para além das partes. Essa concepção, ademais, toma maior corpo tal teoria se analisada em face dos requisitos exigidos para a interposição do Recurso Extraordinário, destacadamente o da repercussão geral.

Logo, a Ação Civil Pública instrumento processual no resguardo da tutela coletiva, sendo, quanto à razão da decisão, irradiante à coletividade, ainda mais em sede de Recurso Extraordinário, independentemente de edição de Súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, não há razões lógicas e sistêmicas para limitação de seus fundamentos.

A inconstitucionalidade reconhecida nos fundamentos do Recurso Extraordinário de uma ação civil pública, com maior razão, deve ser estendida de forma abstrativizada. Aqui, que se constrói a tese da objetivização do Recurso Extraordinário, neste trabalho endossada pelos corolários da Ação Civil Pública.

Nesse auspício teórico, eleva o estudo da eficácia dos precedentes judiciais como questão imperiosa a ser enfrentada, sobretudo, considerando o sistema judicial misto de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Em síntese, as decisões do

Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade devem avançar para além das partes e atingir de forma vinculativa as demais esferas judicantes, sendo necessário, para tanto, a identificação de sua razão de decidir.

Sendo assim, a conjugação destes vetores ao caráter teleológico da Ação Civil Pública ao Recurso Extraordinário, torna-se visível a necessidade do reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) e, por conseguinte, a asseveração da força normativa das normas constitucionais, baluarte do princípio da supremacia da constituição.

Se por um lado, congratula a ação civil pública como marco da tutela dos direitos metaindividuais, por outro, reforça a sistemática processual e constitucional do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição concretizado pelo Recurso Extraordinário e seu requisito da repercussão geral.

Como se percebe, o embate jurídico se concentra nos limites objetivos e subjetivos da decisão em face da clássica doutrina processualista e do próprio Código de Processo Civil, na medida em que a teoria da transcendência dos motivos determinantes cuida-se criação pretoriana e não legislativa.

De toda forma, a transcendência dos motivos determinantes é disciplina doutrinária e jurisprudencial contemporânea e em voga, mormente com toda a exegese sistemática do ordenamento jurídico pátrio a luz dos preceitos da Constituição da República. A matéria é árdua e seu estudo é consubstanciado na compreensão de vários outros conteúdos. De fato, o tema é empolgante e seria afundar em flagrante engodo tentar, neste curto ensaio, recortar todas as insondáveis arestas que atinam a temática, trata-se de uma pesquisa inacabada, em constante análise.

De toda forma, foram assentados os principais pontos, sem, contudo, nos furta de nossa opinião, jamais distante do cientificismo que acompanha esta pesquisa.

## **1. Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

### **1.1 Do Princípio da Supremacia da Constituição**

Com o movimento político-jurídico denominado como constitucionalismo, que preconizava a adoção de governos limitados, a Constituição surge como instrumento operante na positivação e resguardo dos direitos, seja como legitimação do Estado, seja, ainda mais, como seu limitador.

A validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico deve ser aferida de acordo com as normas constitucionais.

Significa dizer que à luz de um sistema de constituição rígida e escrita, como a nossa, no qual a coloca no vértice das ordenações jurídicas e como parâmetro das demais, para que possa falar em validade de uma norma infraconstitucional deve ela, portanto, ser verticalmente compatível com a Constituição, na ótica formal e material.

Daí, a prática de qualquer ato que afronte a Constituição acarreta a ocorrência do vício de inconstitucionalidade, que poderá ser formal ou material, este quanto a contraria o seu conteúdo e aquele, pela inobservância do procedimento, pois, e ela a norma fundamental estruturante das demais. O controle de constitucionalidade surge como uma ferramenta para esta garantia, como corolário lógico da supremacia das normas constitucionais. E, sobre este mecanismo, avancemos.

### **1.2 Espécies de Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro e seus efeitos: sintéticos apontamentos**

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva (1996), três são os sistemas de controle de constitucionalidade que podem ser identificados, sendo eles: o político, o misto e judicial. No primeiro,

o controle é exercido por órgão que não integra o Judiciário<sup>3</sup>; o segundo, tal atividade ocorre em parte pelo Poder Judiciário e por outra por um órgão que não integra o Poder Judiciário<sup>4</sup>; por fim, o controle judiciário é o realizado pelo Poder Judiciário.

Neste último são previstos dois sistemas distintos de controle de constitucionalidade, cuja diferença se constrói principalmente, no órgão pelo qual os exercerá: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e controle concentrado (jurisdição constitucional concentrada).

Por esta razão que Gregório Assagra de Almeida (2007) define o controle de constitucionalidade brasileiro como jurisdicional misto, já que poderá ser exercido pelo controle difuso ou pelo concentrado<sup>5</sup>. Por esta via, o controle de constitucionalidade é pode ser exercitado pela via incidental (ou de exceção), bem como pela via principal (ou abstrata ou de ação direta). Pela via principal se dá o controle concentrado de constitucionalidade, o qual no Brasil é processado e julgado com exclusividade pelo o Supremo Tribunal Federal a partir do ajuizamento de demandas específicas para tais fins por legitimados expressamente previstos no texto constitucional no art. 103, levando-se em conta o cotejo de leis ou atos normativos federais ou estaduais com Constituição Federal.

Especificadamente, na via incidental ocorre em uma controvérsia concreta, cuja apreciação da inconstitucionalidade é levada ao Poder Judiciário não como pedido, mas, sim, como causa de pedir, no sentido de que desta forma, se afastará a norma

---

<sup>3</sup> Como exemplos de órgão especial para a realização do controle de constitucionalidade têm a *Presidium* do *Soviete Supremo* da ex-União Soviética e o *Conseil Constitutionnel* da Constituição Francesa de 1958 (SILVA, 1996).

<sup>4</sup> O sistema misto de controle de constitucionalidade é bem visto na Suíça, haja vista que as leis locais sofrem o controle judicial, ao passo que as leis federais ficam sob a vigilância do controle político exercido pela Assembléia Nacional (SILVA, 1996)

<sup>5</sup> Ao contrário do sistema alemão de controle de normas, cujo monopólio é exercido no *Bundesverfassungsgericht*, Gilmar Mendes (1999), explica que diante do sistema jurisdicional misto adotado pelo direito brasileiro, qualquer juiz ou tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, diante de um caso concreto, por considerá-la inconstitucional.

inconstitucional no caso concreto para o conseqüente deferimento do pleiteado, caso seja. Isto é, a controvérsia em que gravita o vício de inconstitucionalidade cuida-se questão acessória ou incidental, sendo o pedido distinto a isso, mas com ela interligada. Por essa outra razão, a questão discutida *incidenter tantum*, longe de ser a matéria de fundo, nesta espécie de controle a decisão tem os seus efeitos limitados às partes (*inter partes*) em um primeiro momento.

Por conseguinte, a norma declarada inconstitucional em sede de controle de constitucionalidade incidental continua a vigor em relação a terceiros que não atuaram como partes na ação, ao passo que mantém sua força obrigatória em face deles.

No direito brasileiro, todavia, os efeitos da decisão poderão ser ampliados caso o Senado Federal suspenda a execução da lei havida como inconstitucional (BULOS, 2011), no exercício de uma faculdade prevista no art. 52, inc. X, da Constituição Federal após decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesse mesmo trilho, como sustenta Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2006), a súmula vinculante revela-se como outro instrumento que, por meio transversal, dilata tais efeitos, ao passo que vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas em suas mais distintas esferas (Art. 103-A da Constituição Federal de 1988).

Não obstante estes os dois instrumentos ampliativos dos efeitos da decisão, há uma corrente jurisprudencial e doutrinária que assenta a ideia da abstrativização da decisão em sede de controle difuso e incidental da constitucionalidade para hipóteses de decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal, o que será posteriormente mais bem explorado quando analisarmos a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

### 1.3 Controle de constitucionalidade *incidenter tantum* em Ação Civil Pública

Há considerável discussão sobre o controle de constitucionalidade em ação civil pública na doutrina e na jurisprudência. Uma parcela minoritária da doutrina reputa-o como

inadmissível, já que nessa entoada a ação civil pública atuaria como patente substituto das ações diretas de inconstitucionalidade na maioria das vezes, ou seja, em flagrante utilização abusiva<sup>6</sup>.

Para esta corrente, a problemática gravita na extensão da coisa julgada coletiva conferida na Ação Civil Pública, a qual, nos termos do art. 16 da Lei. 7.347/85 produzirá um efeito *erga omnes*, igualmente às decisões proferidas em sede de controle concentrado pelo STF. Por tal motivo, para eles, “[...] a decisão proferida em sede de ação civil pública invadiria área de competência originária do STF, pois a decisão equivaleria à proferida pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado da constitucionalidade” (ALMEIDA, 2007, p. 706).

Por outro lado, Gregório Assagra de Almeida (2007) dissona de tais argumentos ao assentar que o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública se dá como causa de pedir (*causa petendi*), e não como pedido principal, vale dizer, o controle se dá *incidenter tantum* e não pela via principal, esta, obviamente, de competência originária do STF. Assim, como se extrai do art. 504, inc. I, do Código de Processo Civil, o afastamento da lei ou ato normativo no caso concreto para a inferência do pedido principal cristaliza-se como fundamento, vez que gravita na motivação da sentença e não em seu dispositivo, por isso não há que se falar em coisa julgada no que tange a inconstitucionalidade reconhecida pela via incidental.

De toda forma, em sede de ação civil pública o que não se pode formular é o controle de constitucionalidade como questão principal, podendo este tão somente gravitar como questão incidental a ser analisado para conseqüente apreço da pretensão a ser deduzida pelo juízo, até mesmo por se tratar de controle de difuso.

Ademais, em sede de ação civil pública não almeja à declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, e

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, Arnold Wald (1994), Rogério Lauria Tucci e Arruda Alvim (SCHÄFER, 2002), e Gilmar Mendes (ALMEIDA, 2001).

sim a tutela do direito coletivo lesado ou ameaçado de lesão, por meio de um pedido, por exemplo, condenatório de obrigação de fazer ou não fazer<sup>7</sup> (ALMEIDA, 2007).

Não por outra razão, o controle incidental só pode ser admitido em relação a um litígio, como fundamento deste, e não como questão principal. A título de exemplo, o constitucionalista Alexandre de Moraes (2006) cita o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público em defesa de patrimônio público visando à anulação de uma lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal, oportunidade na qual o Tribunal analisará e, no caso concreto, poderá anulá-la, sem olvidar que os efeitos serão *inter partes*.

Assim, como se denota a ação civil pública não pode ser utilizado como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de usurpar a competência originária do STF e dos Tribunais (controle concentrado em face da Constituição Estadual). Todavia, não há óbice para que atue como instrumento de controle de constitucionalidade pela via incidental, ou difusa, figurando tal análise como questão prejudicial à pretensão a ser deduzida em juízo.

## **2. Decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle de Constitucionalidade e a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes: corolário teleológico da Ação Civil Pública em sede de Recurso Extraordinário**

A transcendência dos motivos determinantes é teoria doutrinária e jurisprudencial contemporânea e em voga, mormente com toda a exegese sistemática do ordenamento jurídico pátrio à luz dos preceitos da Constituição Federal. A matéria é árdua e seu

---

<sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela possibilidade do controle difuso (ou pela incidental) em sede de Ação Civil Pública, conforme o julgado (RE 638140, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 25/04/2011, publicado em DJe-082 DIVULG 03/05/2011 PUBLIC 04/05/2011).

estudo é consubstanciado na compreensão de vários outros conteúdos.

A discussão que a margeia alicerça-se, em sua maioria, na teoria da decisão e na força dos precedentes. Ou seja, a sua análise se circunscreve não mais tão somente ao tradicional cristalização e imutabilidade da coisa julgada a partir do dispositivo da decisão, para então aprofundar verticalmente no exame de toda a sua fundamentação.

Assim, a teoria da transcendência dos motivos determinantes consiste na extração da *ratio decidendi* de determinada decisão para irradiar a outras demandas que com esta coadunam no mesmo objeto e sentido, isto é, submergir a partir de técnica apurada a tese jurídica aduzida no feito em concreto para que, não obstante os efeitos nele coligados pela coisa julgada, ela abranja a todos as lides que convirjam no mesmo mérito apreciado.

## 2.1 A teoria da transcendência dos motivos determinantes como nova perspectiva dos efeitos da fundamentação da decisão

No processo decisório, o julgador confecciona no caso concreto uma norma jurídica devidamente alicerçada à norma constitucional, que vai por certo “[...] servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento” (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 287).

No relatório, o magistrado relata os fatos da causa, cuja obrigatoriedade vem aos poucos sendo dispensado, como por exemplo, o que prevê no art. 38 da Lei nº 9.099/95. Os fatos, aqui, são aquilatados para esquadriñar toda história relevante dos autos.

Por outro lado, a fundamentação é a essência de qualquer decisão, com destacável relevância, previsto na Constituição Federal em seu art. 93, inc. IX, cuja ausência culmina na nulidade da sentença ou do acórdão.

Com efeito, na motivação cristalizam-se as teses jurídicas em que o magistrado na atividade judicante se vale para decidir, *in concreto*, as questões de fato e de direito postas à sua análise,

inclusive a constitucionalidade e a inconstitucionalidade de ato normativo pela via incidental.

Logo, como na fundamentação se concentram as teses jurídicas em que o magistrado subsume ao caso concreto, é dela que se extrai a *ratio decidendi*, vale dizer, a razão de decidir, também conhecida pelos norte-americanos como holding.

Assim, afere-se que o magistrado na elaboração da fundamentação jurídica da decisão exerce, em tese, um pensamento silogístico, partindo de uma premissa maior, de caráter genérico em conformidade com o ordenamento, sobretudo à luz da Constituição, e, uma premissa menor à subsunção dela àquela, individualizando a interpretação ao caso em concreto, arrematando, ao final, com a norma jurídica individual.

Por mais que se entenda pela relevância da elaboração da fundamentação, sobretudo no sentido de extrair dela a coerência ao sistema jurídico por meio do *ratio decidendi* como forma de consolidação do entendimento a respeito de determinada matéria – entenda como norma de caráter genérico –, apenas o terceiro elemento, o dispositivo, tem como imanente o acobertamento da coisa julgada material, conforme se compreendem do art. 504 do Código de Processo Civil.

Logo, “[...] os fundamentos determinantes da decisão, ou *ratio decidendi*, consiste no cerne do precedente, aquilo que, dotado de eficácia vinculante, dá aplicação plena aos princípios da previsibilidade e da igualdade entre os jurisdicionados [...]” (GONÇALVES, 2012, p. 8).

Diante dessas situações de decisão no controle abstrato de constitucionalidade, o próprio Supremo tem, em consecutivas decisões, estendido os seus limites objetivos e subjetivos, quando passou a reconhecer que a eficácia vinculante não agasalha tão somente a parte dispositiva do julgado, mas, bem como, os fundamentos que alicerçaram a decisão. Ou seja, “[...] os juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir [...]” (BARROSO, 2007, p. 184).

Aqui é que se constrói a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes. Muito embora especificadamente distintas, caso a demanda levada ao conhecimento do Judiciário seja similar a alguma já decidida, recairá sobre aquela eficácia advinda da fundamentação desta, vez que, em tese, reclamam as mesmas razões que levaram a cognição e apreciação do Tribunal quando da confecção da decisão<sup>8</sup>.

Assim, por meio da teoria da transcendência dos motivos determinantes deseja-se corroborar a relevância de se retirar da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir para a sua aplicação em lides de conteúdo similar, mormente as que versem acerca de questões constitucionais<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> [...] de qualquer forma, não há porque não admitir a adoção de *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes de decisão de inconstitucionalidade em caso que se impugne norma de conteúdo similar. Aliás, embora o art. 102, §2º, da CF afirme que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de constitucionalidades e de inconstitucionalidade, têm eficácia vinculante “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário”, e, portanto, não sobre o próprio Supremo Tribunal Federal, parece inquestionável que as *rationes decidendi* das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – seja em controle concentrado, seja em controle difuso – não podem deixar de ser por ele observadas. Entendimento contrário daria ao Tribunal a que incumbe a tarefa de interpretar a Constituição, zelando pela sua força normativa, a possibilidade de negar a sua importante missão para estabilização da ordem jurídica constitucional (MARINONI, 2011, p. 278).

<sup>9</sup> Essa problemática acerca da extensão dos efeitos vinculantes é fixada no *leading case* da Reclamação n. 1.987 ajuizada no Supremo Tribunal Federal, cuja parte do acórdão que nos interessa tem a seguinte redação: “Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação do **conteúdo essencial** do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional**”. (STF, Pleno, Rcl. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004). (g.n).

Vale registrar alguns pontos críticos a esta teoria: a ausência de legislação que vincule os juízes singulares ou demais tribunais no julgamento dos casos em concretos; redução da relevância dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; violação da literalidade do dispositivo constitucional que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte quando reconhecido a inconstitucionalidade pelo STF (AGUIR *apud* NOVELINO, 2011).

Para finalizar, saliente-se que o efeito vinculativo da coisa julgada e a eficácia vinculativa dos precedentes judiciais – resultante da transcendência dos motivos determinantes – não se confundem (DIDIER, 2010). Uma primeira distinção gravita nos limites objetivos, enquanto o primeiro se concentra no dispositivo da decisão (norma jurídica concreta ou individual), ou outro, como vimos, finca-se na *ratio decidendi* (norma jurídica geral).

Por via de consequência, ao passo que o limite subjetivo da coisa julgada – ou como queira, os seus efeitos – são *inter partes*, a *ratio decidendi* assume perspectiva contra todos, isto é, *erga omnes*, não por menos que dizemos que se trata de norma jurídica genérica,

---

Neste giro, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da Reclamação n. 2291, cuja relatoria lhe pertencia, apresentou louvável ponderação ao assentar que: [...] se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal na ADC 4, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional. Não foi outro o entendimento do legislador infraconstitucional ao conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. [...] (STF, Rcl 2291-RJ/MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27.03.2003).

no sentido de que se extraído a razão da decisão e segregado o *obiter dictum*, pois só se pode considerar como quando por meio de processo hermenêutico que, a despeito de ser deduzido em um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada (TUCCI, 2001).

Na realidade, a transcendência dos motivos determinantes pauta-se na preocupação insuperável e, de necessário relevo político-jurídico, da preservação da força normativa da Constituição, resultado de sua supremacia formal e material, como instrumento garantidor de sua integridade, eficácia e aplicabilidade.

Neste contexto, a tese jurídica extraída da decisão (ou *ratio decidendi*) tem o condão de vincular decisões posteriores e, não obstante, a objetização do recurso extraordinário em sede de controle difuso de constitucionalidade emerge como importante ferramenta na construção dos precedentes, sobretudo, oriundos dos mecanismos de tutela coletiva, a qual, neste estudo, concentra-se na Ação Civil Pública.

A par disso, esclarecido a teoria da transcendência dos motivos determinantes, sem pretensão de exaurir a temática doutrinária e jurisprudencial, avancemos, finalmente, ao último ponto deste ensaio.

## 2.2 Controle difuso de Constitucionalidade em Ação Civil Pública e a objetivação do Recurso Extraordinário

Como já tivemos a oportunidade de esclarecer no início deste capítulo, diferentemente do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, não se outorga a autoridade de coisa julgada *erga omnes* no sistema difuso, ao passo que seus efeitos são fixados *inter partes*.

Contudo, essa afirmação até então irrefutável, vem gradativamente assumindo nova feição, sobretudo, com o Recurso Extraordinário, haja vista que não mais assume os contornos

marcadamente subjetivos, para afazer-se, de forma decisiva, como instrumento processual de defesa da ordem constitucional objetiva<sup>10</sup>.

Nessa entoada, com efeito, que insurge a imperiosidade do realce e fortalecimento da *ratio decidendi*, ou melhor, na extração dos motivos determinantes. E as razões parecem óbvias e necessárias diante da coexistência de dois modelos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro (SOUZA, 2007).

Para o autor, ao adotarmos o sistema difuso inspirado no exemplo americano deixamos de lado a doutrina do *stare decisis*, o que deflagra no desatino da uniformidade decisória no controle de constitucionalidade pátrio, ou melhor, que por muito não existe, o que de fato enfraquece o próprio texto constitucional.

Em caminho oposto, a objetivação do recurso extraordinário visa senão a reafirmação da força normativa da Constituição, sendo necessário para tanto, segundo Marinoni (2011), atribuir a eficácia vinculante às decisões tomadas neste instrumento, ainda que seja proveniente de questão incidental de controle difuso<sup>11</sup>.

Essa tendência pela ampliação dos efeitos da decisão em Recurso Extraordinário decorre de duas conclusões que amparadas em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico culminam na objetivação do Recurso Extraordinário. A primeira delas é a fixação da competência na própria Constituição Federal de 1988 ao STF

---

<sup>10</sup> Parcela da doutrina nomeia isto de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

<sup>11</sup> Trata-se, assim, de alcançar um objetivo que é imprescindível à racionalidade de qualquer sistema que dá aos seus juízes o poder de realizar o controle da constitucionalidade diante dos casos concretos. Não há como atribuir este poder aos juízes sem vinculá-los às decisões da Suprema Corte. O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável. (MARINONI, 2011, p. 460)

como seu guardião e, mais, competente para julgar o Recurso Extraordinário (art. 102, inc. III).

A segunda, por sua vez, emana da finalidade do recurso extraordinário e da introdução da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45 como seu requisito de prelibação pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

O papel do recurso extraordinário “[...] é resguardar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aos dispositivos constitucionais [...]” (DIDIER; CUNHA, 2010, p. 323), não por menos que pode alinhar que ele sempre teve, dentre outras, o escopo de assegurar a inteireza do sistema jurídico, o qual diante de um sistema escalonado como nosso deve ser submisso à Constituição Federal.

Além do mais, a percepção de que os motivos determinantes das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, “[...] em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida” e, por conseguinte, debilitar a força normativa da Constituição (MARINONI, 2011, p. 461).

Afinado a isto, está inovação introduzida pela Emenda Constitucional 45, ao inovar a matéria fixando no §3º do art. 102, da Constituição Federal, é a “repercussão geral” da matéria a ser analisada, ônus este imbuído ao requerente<sup>12</sup>.

Nesse contexto, Didier, Braga e Oliveira (2010, p. 388) classificam o Recurso Extraordinário como precedente de vinculativo ou obrigatório (*binding precedente*), ou dotado de autoridade vinculante, posto que, para os autores “[...] quando tiver eficácia vinculativa em relação aos julgados que, em situações análogas, lhes forem supervenientes”.

---

<sup>12</sup> Endossa a isso Marcelo Novelino (2011, p. 277) ao dizer que: [...] que a exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionalmente discutidas, como requisito intrínseco de admissibilidade recursal, demonstra que o recurso extraordinário vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir um papel de defesa da ordem constitucional objetiva.

Em apertada síntese, quando se trata de interpretação da Constituição pelo STF, a eficácia da decisão deve transcender ao caso em concreto, ao passo que a sua *ratio decidendi* sejam observados pelos demais tribunais e juízes nos casos futuros. É a nítida reafirmação da força normativa da Constituição mediante a transcendência dos motivos determinantes, independentemente da manifestação do Senado Federal para atribuir efeitos genéricos (MARINONI, 2011).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transcendência dos motivos determinantes da decisão em sede controle difuso de constitucionalidade em recurso extraordinário aflora ainda mais quando exercido por meio da ação civil pública, ainda que pela via incidental.

Isso porque, por mais que seja pacífico que o controle de constitucionalidade na Ação Civil Pública somente possa ser exercido pela via incidental, há de convir que sendo ela um instrumento processual de resguardo da tutela coletiva, a expansão dos efeitos de sua decisão para além das partes que sobre recaiam é patentear a finalidade: a defesa dos direitos transindividuais.

Por ademais, por meio dela há o resguardo dos interesses coletivos em sentido amplo e, por via oblíqua, dos direitos subjetivos individuais, já que “[...] todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 2002, p. 12).

Com efeito, a Ação Civil Pública consolida-se como um dos veículos de defesa da tutela dos interesses difusos e coletivos, e, inofismável, mecanismo de busca da justiça social, haja vista a proteção de direitos de pessoas comuns, ou melhor, de titulares indeterminados. Prestígio evidente a sociedade de massa.

Desta forma, em que pese não ser ela o instrumento adequado para realização de controle de constitucionalidade, é certo que a função essencial da Ação Civil Pública se arremata no interesse de

relevância pública e social, ao passo que representa uma forma de trazer juízo interesses metaindividuais, que de outra forma não teriam um tratamento adequado.

Nesta ótica, em prestígio aos precedentes judiciais, inobstante a utilização de súmulas vinculantes, as fundamentações, digamos, o *ratio decidendi*, das decisões do controle difuso de Ação Civil Pública em sede de Recurso Extraordinário devem estender para além de efeitos ao caso concreto, caracterizando a abstrativização do decidido.

Além do mais, a Ação Civil Pública é senão, em síntese, para defesa do patrimônio público e social, e tornar-se-ia mecanismo inócuo ao limitar análise da constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo para, apenas, afastá-lo ao caso concreto.

Assim, sendo ela veículo de defesa dos interesses sociais, independentemente de ausência de interesse processual – quanto à inadequação de via eleita – é certo que os motivos determinantes da decisão se protraíam para além das partes do feito como baluarte lógico e sistêmico advindo das peculiaridades da atividade jurisdicional da tutela coletiva.

Aquilatando todo o pensamento aqui externado, a partir de uma acepção teleológica dos institutos, ao conjugarmos a Ação Civil Pública e o Recurso Extraordinário reafirmamos o inevitável o auspício da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*), mormente, no reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato administrativo.

Primeiro porque assevera o respeito à competência funcional e em razão da matéria outorgada ao STF, quanto guardião da Constituição Federal; segundo, a repercussão geral, como requisito do Recurso Extraordinário, denota a metaindividualidade que assume a questão da constitucionalidade da norma infraconstitucional; terceiro, sendo a ação civil pública corolário da defesa da tutela coletiva, não há razões que os fundamentos de sua decisão restrinjam as partes, vez que esvaziaria a lógica processual e teleológica desta ferramenta.

Destarte, sendo a ação civil pública ferramenta processual de resguardo da tutela coletiva, nada mais certo que considerá-la instrumento apto para justificar, ainda que por via transversa, a defesa da força normativa da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 de set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>> Acesso em: 14 ago. 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 35, n. 184, jun, 2010.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50.

SOUZA, Wilson Alves de. **Motivação da Sentença Civil**. Salvador: JusPodivm, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2001.

# NÔMADES NA CIDADE! O QUE FAZER COM ELAS?<sup>1</sup>

Cledione Jacinto de Freitas<sup>2</sup>

Isael José Santana<sup>3</sup>

José Sterza Justo<sup>4</sup>

## INTRODUÇÃO

Tempo, espaço, mobilidade e velocidade são categorias inter-relacionadas e fundamentais da existência. Por isso mesmo a política, enquanto gestão e governanças da polis, incide sobre o controle e gestão do espaço, do tempo, das movimentações e do ritmo dos acontecimentos na cidade. Nesse sentido, a produção de espacialidades, temporalidades, fluxos e ritmos de deslocamentos

---

<sup>1</sup> Esse trabalho é uma versão modificada pelo autor e coautores sob a ótica da presente obra, das considerações finais da dissertação de mestrado, defendida em 2014 intitulada, *“Os indesejáveis: agentes públicos e a gestão de mobilidade de trecheiros e pessoas em situação de rua”* p.175-182. A dissertação encontra-se no acervo da biblioteca da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP/Assis e sua versão on line é encontrada no sítio <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/123173/000825039.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>2</sup> Psicólogo Mestre e Doutorando em Psicologia pela Universidade Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências e Letras (UNESP – Campus de Assis) e bolsista CAPES, membro dos grupos de estudos e pesquisa “Criminologia Crítica: diálogos interdisciplinares” e “Figuras e modos de subjetivação no contemporâneo”. E-mail: cledionefreitas@hotmail.com

<sup>3</sup> Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica), e docente dos cursos de graduação em Direito e Ciências Sociais e das especializações em Direitos humanos, Educação e em Segurança Pública da UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul); líder do grupo de estudos CNPq “Criminologia Crítica: diálogos interdisciplinares e-mail: leasijs@hotmail.com.

<sup>4</sup> Psicólogo, mestre e doutor em psicologia social (PUC-SP) e livre docente em psicologia do desenvolvimento (UNESP). Docente do Programa de Pós Graduação em Psicologia pela Faculdade de Ciências e Letras da Universidade estadual Paulista (UNESP – Campus de Assis). E-mail: sterzajusto@hotmail.com

constituem o cerne da vida e da cidadania na modernidade. Produções essas que se dão nas mais diferentes esferas da vida: social; econômica, política, cultural, psicológica e outras.

Dentre as várias ferramentas de governança e regência das espacialidades, temporalidades e celeridades produzidas na cidade destaca-se o aparato jurídico. Leis de zoneamento, por exemplo, estabelecem o tipo de ocupação e de atividades dos espaços geográficos, criam territórios; outras leis estabelecem temporalidades tais como horários para funcionamento de comércio, jornadas de trabalho, horários de tolerância de certos níveis de ruídos; existem leis que regulam o trânsito de pessoas, mercadorias, veículos e assim por diante. Dessa forma, se criam, no plano jurídico, espacialidades, temporalidades e corredores de circulação por meio de regulações legais de acesso e de práticas permitidas e proibidas no universo urbano.

A produção e o tratamento da criminalidade também passam pelas categorias do espaço, tempo e velocidade. A “geografia da criminalidade”, saber onde se localiza o fato denominado por ilícito e de onde vem o sujeito que o teria cometido são fundamentais para as políticas de segurança. Igualmente existe uma cronologia da criminalidade baseada no tempo ou na duração do ilícito. A lei da maioria penal, a lei do abuso sexual ou do estupro – no que concerne à idade dos envolvidos como critério de criminalização – a duração do ilícito e reincidência como agravantes são exemplos da cronologização da criminalidade. A regulação de fluxos ou da circulação se dá mediante leis de acesso a determinados meios de deslocamentos, por exemplo, transporte público ou privado, passaportes ou senhas de ingresso aos diferentes lugares e assim por diante.

A questão dos “suspeitos” assume uma importância fundamental na gestão da cidade. Conforme enfatizou Simmel (1902/ 1987) a cidade moderna, desde seu nascimento, se caracteriza pelo turbilhão de estimulações que gera em função do volume e da diversidade de pessoas, objetos, relações sociais e tantas outras coisas que nela circulam cotidianamente. Nesse cenário frenético e

mutante, tanto mais intensificado quanto o tamanho da cidade, o anonimato e a desconfiança afloram no relacionamento entre os cidadãos, além de uma atitude *blasée* expressa por meio de manifestações de indiferença e descaso pelo outro. Afloram, também, preocupações com o estranho, com o desconhecido, com a segurança e com os enigmas de acontecimentos sombrios e misteriosos. Casos de assassinatos e outros crimes de autoria desconhecida ganham manchetes de jornais na nascente cidade moderna e acendem a imaginação e temores dos cidadãos. Edgar Allan Poe (2017), em contos publicados entre 1841 e 1844, retratou muito bem esse clima de temor e de suspeição que fundará e tornará muito populares e apreciados contos, crônicas policiais e a figura de detetives sagazes, perspicazes e astutos observadores.

Tais sentimentos de insegurança, temor, desconfiança e de suspeição e as preocupações com a segurança pública que nascem com a cidade moderna se aprofundarão no decorrer do desenvolvimento e expansão da sociedade de da cidade modernas.

A suspeição passa a ser, cada vez mais, intensificada e vivida como estranhamento das normalizações espaço-temporais e cinéticas. Aqueles considerados como “fora do seu lugar” (um maltrapilho num shopping), transitando rapidamente ou muito lentamente pelas ruas, a pé ou motorizado; são alguns exemplos. Há que considerar também que a pena de reclusão limita direitos espaciais e de circulação. O perigo não é substancializado num corpo estático, é relativo ao lugar onde está situado esse corpo ou às possibilidades de sua circulação. Apesar de todos os meios tecnológicos de controle das mobilidades, o estacionamento ou a prisão é, ainda, o meio mais eficaz de administração, disciplinarização e domínio de um corpo. Por isso mesmo os deslocamentos e as mobilidades representam ameaças maiores ou potencializam os sentimentos e avaliações de suspeição e de perigo.

Convém ressaltar que a distribuição de espaço, tempo e mobilidade, assim como a suspeição e criminalização, na sociedade capitalista, se faz pelas classes sociais, em primeiro plano seguida por outras classificações da população baseadas em critérios de raça,

gênero, nacionalidade, escolaridade, idade e outros. Na cidade amedrontada e misteriosa, produtora de políticas de segurança regidas pela lógica capitalista, a questão dos “suspeitos” torna-se uma categoria inefável e perene nas cidades.

Neste sentido há que se lançar a questões efetivas de direitos e especialmente de concepção de grupo social pensada a partir de um modelo capitalista, produtivíssimo e consumo, como condição de “menor suspeição” e sentimento de pertencimento, mas há os que não se adequam a tal normatividades, ou como diz Rousseau as convenções são criadas pelas pessoas em determinado tempo

Os nômades são estes constantes suspeitos, permanentes e mormente ignorados como se fossem desvios das cidades que se desejam assedas para impressão visual da pureza ou pelo menos da limpeza, que são o espaço dos desejáveis.

Neste sentido, abordamos o tema de forma a repensar os espaços, as temporalidades e a alteridade como processos necessários a compreensão de direitos humanos. A perda do outro é a perda da própria identidade coletiva, e sempre se busca saber o que fazer com os indesejáveis, os nômades da cidade.

## **Nômades**

A presença de nômades na cidade é de longa data e causa incômodo aos gestores das urbes há séculos (SENNETT, 2001). Estes empreendem movimentos e ações em sentido centrífugo e de circulação, ora empurrando estas pessoas para determinados lugares, ora expelindo-os para outros municípios. O que é certo, é que os nômades acabaram por serem investidos da insígnia da indesejabilidade, transmutando na figura da impureza, da insegurança, da desestabilização social e afetiva.

Nesse pequeno ensaio, propomos pensar a construção da cidade moderna, sua racionalidade, a presença dos nômades em seus recantos, reentrâncias, espaços públicos e o trato de gestores e outros agentes públicos para lidar com uma parcela de pessoas tratadas em grande medida como protocidadãos. Não pretendemos

exaurir o tema, nosso propósito é bem modesto: propiciar discussões e reflexões sobre a intrincada relação cidade-nômades na contemporaneidade.

Ao tratarmos dos nômades, remetemos às figuras dos trecheiros, andarilhos, pessoas em situação de rua, prostitutas (os) e outros sujeitos que fazem do caminhar cotidiano pelas ruas e rodovias como seu modo subjetivo de viver a mobilidade e as experiências de espaço e tempo. Cumpre afirmar que esse termo não é aceito em sua plenitude quando remetemos as pessoas descritas acima, por não se considerar esses modos de vida uma forma de nomadismo em estado puro.

Os agentes públicos, arautos modernos e contemporâneos da organização das cidades, responsáveis e detentores dos meios de manejo e controle do social, cumpre papel ativo na gestão das pessoas que não seguem os desígnios propostos pelos institutos municipais, regionais, nacionais e internacionais. Recolocar os nômades nos trilhos do social era tarefa árdua, agora tornada hercúlea numa sociedade hipercinética que incita a movimentações de todo tipo úteis para expansão do capital, mas tenta coibir aquelas que escapam a essa finalidade. O capital circula com toda desenvoltura, assim como mercadorias e as elites, diferentemente da mão de obra e dos pobres, sujeitos a severas restrições, como se observa no caso dos imigrantes, dos trecheiros, andarilhos pessoas em situação de rua e outras populações nômades disfuncionais para o capitalismo. Tais mobilidades são indesejáveis e se tenta gerenciá-las e controla-las mediante práticas orientadas por políticas públicas de sedentarização<sup>5</sup>, legitimadas como garantia de direitos a moradia, saúde, trabalho e educação ou por políticas de controle de mobilidades que asseguram e até patrocinam o nomadismo, porém, estabelecendo severas condições quanto ao tempo de permanência numa localidade e rotas de circulação.

---

<sup>5</sup> Para esse trabalho entendemos processo e práticas de sedentarização àquelas voltadas a inserir as pessoas em algum instituto que possibilite o controle e a “fixação” em algum assentamento psicossocial engendrado pelo tripé família, trabalho e propriedade.

Trabalho, família, propriedade são eixos de orientação dos agentes públicos sobre os trecheiros e pessoas em situação de rua nos municípios, já que não trata apenas de buscar sedentarizá-los e garantir uma vida saudável e acesso a direitos, mas sim, atuar sobre suas mobilidades, pois dessa forma, lidam tanto com o processo de indesejabilidade quanto da gestão dos espaços e lugares disponíveis na urbe.

Cidade, o social, políticas públicas, em especial a de assistência social, família, trabalho, residência, mobilidade, agentes públicos, indesejabilidade, entre outros, como eixos orientadores na produção da atuação estatal e cidadina sobre as pessoas em situação de rua e trecheiros configuram-se em um emaranhado de pontos que perpassam a atuação dos agentes públicos, principalmente sobre um público que se desconectou dos processos sedentarizantes que constituem os modos de produção de práticas, ações, políticas e sentidos no ocidente, sob os quais os Estados, seus agentes bem como os cidadãos/citadinos se orientam quando da formulação, planejamento e execução das políticas públicas e práticas institucionais.

Consideramos a questão da gestão da velocidade<sup>6</sup> e mobilidade das pessoas em situação de rua e trecheiros como ponto de partida da relação fundamental entre a constituição das cidades modernas e a ascensão do nomadismo, da vagabundagem, da pobreza e da família como questão social.

No tocante às transformações das cidades, optamos por analisar as ocorridas a partir do Renascimento por ser na transição da cidade pré-moderna para a moderna que ocorreu a preocupação estatal com as demandas sociais e também a preocupação com os modos de vida dos cidadãos, havendo uma relação intrínseca entre construção e reconstrução das cidades e o corpo (SENNET, 2001). Assim, as

---

<sup>6</sup> Ao usarmos o termo gestão de velocidade recorreremos ao trabalho de Virílio (1996) ao propor a relação intrínseca da velocidade e política, afirmando que vivemos numa sociedade dromológica, uma sociedade sob os auspícios da velocidade. Lidar com a velocidade se tornou o grande mote da sociedade contemporânea.

idades deveriam ser saudáveis para ter cidadãos também saudáveis.

Porém, além de ser saudável, buscava-se o embelezamento da cidade. Para tanto, era necessário impedir as revoltas e gerir a massa de indesejáveis, espacializando os lugares de cada grupo populacional (BENJAMIN, 2006), além de abrir caminho para a cidade seguir rumo ao desenvolvimento e ao progresso (BERMAN, 2007). Para conseguir tal intento se fazia necessário atuar sobre o Social (CASTEL, 2009; DELEUZE, 2001; DONZELOT, 2001).

O Social, esse híbrido entre Estado, instituições, normas e saberes (DELEUZE, 2001) dedicados a manter a coesão estatal e reduzir as fraturas provocadas na ordem social, principalmente pelos miseráveis, vagabundos, agitadores, prostitutas, libertinos, desempregados e inimpregáveis (CASTEL, 2009) e demais perturbadores da coesão familiar que produzia, para o Estado, corpos inúteis e inutilizáveis. (DONZELOT, 2001).

Essas temáticas faziam e fazem parte da questão social que, segundo Castel (2009) teve na figura do vagabundo, no início da modernidade até a consolidação dos estados nacionais, seu ponto nevrálgico e atualmente foi substituída pelas figuras dos desempregados e inimpregáveis.

A família é colocada no centro da questão social, por isso mesmo sua organização, funcionamento, vínculos e relacionamentos tornam-se objetos privilegiados da ciência e de ações e intervenções estatais perpetradas por agentes sociais – a polícia das famílias (DONZELOT, 2001). Trata-se de produzir saberes e tecnologias normalizadoras com o fito de manter a coesão familiar, instituir conceitos de família, formas de relacionamentos considerados saudáveis, pois a família é o esteio do Estado (COSTA, 2004).

Dessa forma, a questão social busca na família a fonte principal de atuação. Não a família em si, mas o que ela pode produzir. O objeto da questão social se torna, então, os comportamentos de seus membros, na conjugalidade, com vistas a tornar seus membros forças úteis de trabalho, aproveitando-se ao máximo o capital humano para os modos capitalistas de produção (DONZELOT,

2001) significando isso a formação de um excedente de trabalhadores capaz de desequilibrar a oferta e procura de mão de obra a favor do empregador.

Assim, agir sobre a família, sobre a vagabundagem, sobre os desempregados e inimpregáveis, enfim, sobre todos os fatores que possam produzir insegurança tanto civil quanto social (CASTEL, 2005) é uma das principais estratégias de controle e dominação do Estado fundado na economia capitalista. Assim sendo, a construção de políticas públicas contribui, sobremaneira, para a gestão desses fatores de risco (CASTEL, 1987; 2005).

Dessas políticas, tem destaque especial a política de assistência social encarregada de atuar diretamente sobre essas fraturas no Social, elegendo a família como a instituição primeira para garantir a coesão social. Para tanto, hoje, a estratégia é atuar sobre os vínculos familiares fortalecendo-os e não mais sobre as configurações familiares.

Atuar sobre os vínculos familiares e sociais para reduzir as situações de vulnerabilidade e risco, tanto pessoal quanto social, é a finalidade primordial da política pública de Assistência Social (BRASIL, 2004) que busca na territorialização o lócus ideal para o acompanhamento, monitoramento e vigilância social, justificados como garantias de direitos e de proteções sociais básicos.

A proteção social visa fortalecer os vínculos ou reconstruir vínculos rompidos, como no caso das pessoas em situação de rua e trecheiros. É interessante perceber que essa população está inserida dentro das normativas estatais como em situação de vulnerabilidade e risco, com vínculos rompidos por estarem distantes da família, principalmente, em função de conflitos com algum ou vários membros que fazem parte da configuração familiar.

São considerados, ainda, como estando em situação de risco e de vulnerabilidade por não terem vínculos empregatícios e viverem de bicos ou achaques<sup>7</sup>, não possuírem um endereço para serem

---

<sup>7</sup> Nome dados pelos trecheiros e pessoas em situação de rua à maneira como pedem ajuda, recorrendo a histórias e argumentos que possam sensibilizar e convencer o possível doador.

encontrados ou por fazerem uso de bebidas alcoólicas ou outras drogas, todos fatores considerados pela política pública de assistência social (BRASIL, 2004, 2009) como potencializadores de rompimento do sagrado vínculo familiar.

Dado que a questão social demandada pela assistência social é calcada na presunção de vulnerabilidade e risco, a família será modulada para reduzir ao máximo tais riscos de desagregação por meio de fortalecimento dos vínculos e ganho de autonomia para superar a vulnerabilidade.

Para se combater as situações de vulnerabilidade é preciso também agir em duas outras frentes que, juntamente com a família, contemplam o tripé sedentarista: o trabalho (renda) e a propriedade (residência). Dessa forma, o Estado busca mecanismos para a inserção das pessoas em situação de vulnerabilidade e risco nas residências e no trabalho ou, caso não consiga, concede o acesso aos benefícios estatais, incluindo neles os nômades urbanos.

Dessa forma, toda a política pública estatal está orientada e fundamentada sobre os parâmetros sedentaristas e a atuação dos agentes públicos ocorre, invariavelmente, no sentido de manter aqueles que estão prestes a escapar dos vínculos considerados básicos (família, trabalho e residência) ou recolocar os que já evadiram deles. Como os nômades não vivem sob a égide do sedentarismo, preferindo o trânsito à permanência, essa atuação não cumpre sua função precípua: sedentarizar.

Sedentarizar é um processo orientado para manter o indivíduo, mesmo se deslocando, referenciado e vinculado à família, a um endereço e a um emprego, com acesso ao mercado e consumo dos bens de serviços produzidos pelos modos capitalistas de produção. Para tanto, torna-se fundamental assegurar a defesa dos direitos fundamentais, como norteadora dos processos de sedentarização para contribuir com o desenvolvimento da nação.

No entanto, mesmo com todos os esforços para sedentarizar os que não aquiescem ao sedentarismo vivido como aprisionador, representam desvios, resistências e fraturas no processo de sedentarização dos pobres e dos nômades indesejáveis. Diante da

“impossibilidade” de sedentarizar abre-se uma nova perspectiva que é gerir essas populações, mesmo em movimento ou em situação de nomadismo.

Assim, podemos compreender os esforços do Estado em construir políticas sociais para lidar com essas populações, conforme as proposições dos direitos e garantias fundamentais: de garantir a vida e a dignidade do cidadão, pois o êxito das políticas eleva o Estado a patamares maiores de desenvolvimento e respeito aos direitos humanos. Por esse motivo, torna-se importante sedentarizar ou gerir as populações desviantes.

Gerir as populações em seus trajetos e modos de vida é um dos fundamentos do Estado, como se pode observar nas políticas públicas atuais com os conceitos que norteiam a atenção dispensada por essas políticas, que remetem a atuação dentro de espaços específicos e criando corredores por onde as populações-alvo<sup>8</sup> devem se deslocar. Dentre esses conceitos podemos pontuar a descentralização, a territorialização, a rede, a universalização, acompanhamento, referenciamento, vigilância, monitoramento, dentre outros.

Mas esses conceitos não teriam tanta eficácia sem a entrada em cena de um ator fundamental para concretização dos postulados pelas políticas públicas – este ator é o agente público. Mesmo tendo papel primordial o agente público ainda é relegado a um segundo plano no estudo tanto das políticas quanto das populações atendidas.

Outro ponto a se considerar é o aumento sistemático de instrumentais e normas de atuação e conduta, produzidas pelo Estado, a que esses agentes se reportam ou estão submetidos na sua atuação. Como ilustração, destacamos a Política Nacional de Assistência Social (BRASIL, 2004), a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (BRASIL, 2009), Política Nacional de Atenção

---

<sup>8</sup> Neologismo para designar os públicos objetos de atenção e ação das políticas públicas brasileiras que atuam sobre determinados grupos populacionais específicos, sustentadas por um arcabouço de normas, processos, estratégias que elegend as pessoas, os comportamentos, as situações e os territórios em irão atuar.

Básica (BRASIL, 2011) e Política Nacional para a Inclusão da População em Situação de Rua. (BRASIL, 2008).

Mas a questão fundamental para considerar os agentes públicos como objeto de estudo se dá, conforme Justen Filho (2010), por estes atuarem como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado. Dessa maneira sua atuação sobre as populações-alvo traz em seu bojo a vontade estatal.

Podemos perceber a importância do agente público na atuação estatal pelo salto significativo no número de agentes, de unidades e serviços para atender às populações-alvo e, também, no crescente número de políticas implantadas e implementadas pelo Estado com a finalidade de gerir a massa de pessoas em situação de vulnerabilidade ou risco provocado pelas fraturas no Social.

Nesse ponto, podemos tecer algumas considerações a respeito da atuação dos agentes públicos sobre as pessoas em situação de rua. De saída constatamos que eles utilizam na atenção dispensada a esse público ferramentas, técnicas, saberes, produzidos pelo que Foucault (2009) denominou de Sociedade Disciplinar; Deleuze (2005) postulou como Sociedade de Controle; Augé (2012) descreveu como não-lugares e Virilio (1996) considerou como Dromopolítica.

Dessa forma, os agentes públicos não se orientam por um outro desses postulados acima, tampouco agem mediante um único de atuação, mas sim, utilizam-se de todos sem cerimônia, ora adotando um como preferencial ora adotando outro ou, conjugando-os, utilizando dois ou mais ao mesmo tempo, acrescido de práticas e saberes da experiência empírica.

Porém, é necessária uma ponderação. A atuação dos agentes públicos em consonância com esses postulados, não ocorre eminentemente de maneira sistemática, teórica e reflexiva, mas sim, por meio de entrelaçamento de vários postulados científicos, empíricos, de senso comum, religiosos, estatais, e também, dos atravessamentos afetivos decorrentes da interação com os nômades.

O objetivo dos agentes públicos está encarregado de cumprir os ditames consignados pela política municipal, calcada nas políticas públicas nacionais e estaduais, mas não necessariamente segue seus

princípios, diretrizes e objetivos ou, melhor dizendo, adota e ressignifica as proposições das políticas públicas para sustentar sua atuação e cumprir com o imperativo municipal, ou seja, resolver o problema dos nômades na cidade.

Para resolver o problema e lidar com a massa de nômades urbanos os agentes públicos recorrem às instituições disciplinares (FOUCAULT, 2009) para tentar disciplinar os corpos, sedentarizar e torná-los produtivos. As instituições mais visadas e que tentam acionar são a família, o trabalho, hospitais psiquiátricos e clínicas de recuperação com o propósito de confiná-los, ainda que por um determinado período.

Porém, os nômades não ficam confinados nas instituições disciplinares definitivamente. Eles acabam saindo ou abandonam essas instituições e retornam para os espaços públicos. Nesse momento, os agentes passam a atuar nos espaços abertos (DELEUZE, 2005) monitorando e acompanhado os nômades para, em seguida, tentar recolocá-los em instituições ou fazendo-os utilizarem os não-lugares.

Fazer os nômades utilizar os não-lugares – aqueles não identitários (AUGÉ, 2012), é uma estratégia para tentar forçar o retorno à vida sedentária. Assim, os agentes disponibilizam apenas a provisoriedade do acesso e permanência nos lugares, como inserção temporária em hotel social, paragem nas praças e rodoviária, como forma de evitar a socialidade ou colocação em ônibus rodoviário.

Além de disponibilizar os não-lugares, os agentes públicos buscam criar corredores de trânsito pelos quais os nômades devem percorrer: da praça para o hotel, do hotel para o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), do CREAS para o emprego ou para a família, ou retorno à praça para, em seguida, fazerem um encaminhamento a uma instituição psiquiátrica e assim sucessivamente. Dessa forma, os agentes públicos buscam modular e controlar a velocidade e fluxos dos nômades, seguindo os passos da dromopolítica. (VIRILIO, 1996).

Nessa senda, as estratégias utilizadas pelos agentes públicos e a política municipal estão voltadas para gerir os modos de vida e os trajetos dos nômades, não só visando garantir a vida e retorná-los aos processos de sedentarização, mas também, e principalmente, visando atuar sobre suas mobilidades e assim regular os espaços disponíveis dentro do espaço urbano, que em tese não podem ser os mesmos de uso dos cidadãos ou, em caso especial, em momentos que não haja a presença de cidadãos nesses espaços.

Agir sobre a mobilidade dos nômades deslocando-os constantemente, internando ou regulando o acesso e permanência para garantir a política municipal de mobilidade dos cidadãos sobre esses espaços pode ser uma importante constatação, visto que todos os esforços dos agentes públicos são no sentido de gerir essa mobilidade, mesmo sob a roupagem do acesso e garantia de direitos.

Gerir a mobilidade conforme o público atendido também é outra constatação importante, direcionando esforços diferenciados para as pessoas em situação de rua e para os trecheiros. Para os primeiros – da cidade – buscar a todo custo sedentarizar e, quando não for possível, tentar afastá-los da vista dos cidadãos. Para os segundos – os de fora – colocação em trânsito imediato como forma de restringir a entrada na urbe.

Ao colocar em trânsito os agentes públicos não buscam sedentarizar os trecheiros como fazem com as pessoas em situação de rua do município, pois o objetivo da política pública é sedentarizar o sujeito, mas paradoxalmente atuam de modo totalmente diverso acelerando seu nomadismo ao deslocá-los incessantemente.

Colocar em trânsito, em detrimento de sedentarizar, é uma prática já presente em várias cidades brasileiras que criaram entre elas corredores de trânsito por onde os trecheiros percorrem esses trajetos periodicamente, num incessante ir e vir, mas sem a terceira parte desse tripé que é permanecer.

Permanecer é indesejado, pois aumenta o número de nômades a sedentarizar. Nesse processo as UAMs<sup>9</sup> têm papel fundamental para gerir os “não sedentarizáveis”, já que os procedimentos adotados – concessão de passagens de ônibus - não levam em consideração o retorno para a família e, sim apenas o destino solicitado pelo trecheiro ou o destino disponível no momento do atendimento. Nesse ponto, chegamos a uma questão insólita: os agentes públicos estariam descumprindo as políticas de assistência estabelecidas pelo Estado?

À primeira vista poderíamos ser levados a acreditar que os agentes públicos realmente deixaram de cumprir os ideários estipulados nas políticas públicas ao deixarem de buscar sedentarizar uma população-alvo. Com um olhar mais atento podemos perceber que eles cumprem os dispostos da política estatal que postula o retorno à família de origem para as pessoas sem vínculos com a cidade, no entanto, realizam esse retorno segmentadamente, encaminhando para a próxima cidade até a “chegada” à cidade de origem.

Outro ponto que corrobora com essa questão são os princípios, diretrizes e objetivos estipulados pelas políticas, principalmente no que tange à descentralização político-administrativa, a territorialização e a gestão municipal que gerou o que podemos denominar de *municipalismo*<sup>10</sup> das ações. Assim o município se responsabiliza apenas por seus “cidadãos”, por aqueles que **pertencem** ao município.

---

<sup>9</sup> As UAMs geralmente recebem a designação de Unidade de Atendimento ao Migrante, sendo uma unidade da Assistência Social pertencente ao Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) que se responsabiliza por direcionar o atendimento dos migrantes (entendidos como trecheiros, andarilhos, malabares, artesões, “hippies”, prostitutas (os) entre outros) que aportam no município, invariavelmente concedendo passagens para as cidades próximas.

<sup>10</sup> Neologismo criado para designar o processo de trabalho perpetrado pelos municípios de atender apenas as demandas locais desconsiderando as peculiaridades dos fluxos de pessoas, considerando o nascimento e fixação do sujeito no município como assegurador de políticas públicas. Essa questão se torna mais visível quando se trata do nomadismo e da errância.

Encontrar um lugar para parar ou permanecer, mesmo que provisoriamente, como indaga um nômade urbano, tornou-se a questão fundamental para pessoas em situação de rua e trecheiros e, porque não dizer, para todos, frente à política de gestão da velocidade e mobilidade implementada nos últimos anos. Dessa forma, trata-se de encontrar alternativas para se vivenciar a velocidade e mobilidade sem ser forçado a vagar indefinidamente, eis ao que estamos convidados nesse momento.

### **Os nômades suspeitos**

O suspeito é sobre aquele que recai uma probabilidade ou possibilidade, ainda que extremamente frágeis, da prática de um crime, mas sem qualquer convicção por parte do Estado e neste sentido, é extremamente difícil a definição do sujeito ou situação que torna a pessoa suspeita, considerando o que acima está exposto, à construção de um imaginário social.

Ao seguirem seus caminhos, e eles são tantos, a não adequação aos padrões impostos por culturas que primam pela aparência, os nômades são constantemente abordados pelo Estado, seja, como mencionado por ausência de políticas públicas que entendam a questão nesta vertente, embora se tenha claro conhecimento de que o despreparo para tais questões são igualmente construtos sociais arraigados que não se deslocam do imaginário do medo e do perigo.

Não raro, as menções as crianças para lhes imputar medo levam este tipo de cidadão a assemelhar ao perigo, que levarão para a vida toda a impressão do risco daqueles que não são nossa semelhança patrimonial, e por isso desconsiderado em sua essência humana.

Por parte de um segmento, e é necessário frisar, que é significativo, a cultura excludente a partir de significados que são muito mais construções inadvertidas do que realidades, os que não são parte do rebanho, são estranho e ignorado por ele, mas sem que se perceba que não há outros rebanhos, somos uma sociedade só,

que criou diferenças para estabelecer o poder de dizer quem merece a condição de humano.

A permanente ideia de controle sobre a liberdade, faz com que o estado use a forças públicas para averiguação dos suspeitos de serem livres demais, não se submetendo ao processo de capitalismo, produção-consumo que caracteriza o incluso nas cidades.

Como refletido a anormalidade não está em quem seja considerado “nômade” na cidade, mas possivelmente na normalidade da cidade que impõe condutas próximas, ainda que pautada pela hipocrisia de seus membros, estes que não visualizam as diferenças, sejam elas quais forem, mas em especial no visual do que não mantem as mesmas condições financeiras.

Este processo da expansão das cidades, como tratado na “escola de Chicago” ou “ecologia criminal” que impõe uma conduta de modelos coletivos, inclusive para liberdade, e entre outros a perda das raízes dos locais originários de residência, o que traz uma crise em valores tradicionais como a família(unida).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerar a liberdade como um valor superior ao acumulo de riqueza, que prende a pessoa a sobrevivência, pois na repetição do cotidiano torna-se escravo das condições de manutenção das posses e se desloca para proteção dos bens que em análise básica lhe furta a vida em plenitude.

Os que perambulam pelas cidades ou estradas são invisíveis, em regra, para essa coletividade que destina seus olhares aos seus iguais, na concepção de posses ou pelo menos do desejo delas, que vivem para a aquisição que lhe será substituída por outras, não podem assimilar que alguns estejam em um outro processo, por vezes num ângulo diferente de concepção da vida.

Tratado em outro texto não se pode mencionar a teoria da seletividade penal, que encontra nestes poucos a possibilidade de exercer a força do Estado, que declina frente a outros com silenciosas artimanhas próprias dos iniciados no exercício dos

direitos, estes pertencem a quem tem sobre eles o domínio dos valores econômicos.

## REFERÊNCIAS

AUGÉ, Marc. **Não lugares**: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Campinas, SP: Papyrus, 2012.

BENJAMIN, Walter. **Passagens**. Belo Horizonte, MG: Editora UFMG; São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.

BERMAN, Marschall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: as aventuras da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011**. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Brasília, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tipificação nacional dos serviços socioassistenciais**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Assistência Social, 2009.

\_\_\_\_\_. **Política Nacional para Inclusão da População em Situação de Rua**. Brasília, junho de 2008.

\_\_\_\_\_. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004**. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004.

CASTEL, Robert. **A insegurança social**: o que é ser protegido? Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **As metamorfoses da questão social**: a crônica do salário. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A gestão dos riscos**: da antipsiquiatria à pós-psicanálise. Rio de Janeiro, RJ: Francisco Alves, 1987.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro, RJ: Graal, 2004.

DELEUZE, Gilles. A ascensão do social. In: DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. São Paulo, SP: Graal, 2001.

- \_\_\_\_\_. Post-Scriptum sobre a sociedade de controle. In: \_\_\_\_\_. **Conversações: 1972-1990**. São Paulo, SP: Editora 34, 2008.
- DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. São Paulo, SP: Graal, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.
- POE, Edgar Allan. **Contos de terror, de mistério e de morte**. Rio de Janeiro: nova Fronteira, 2017.
- SENNETT, Richard. **Carne e pedra: o corpo e a cidade na civilização ocidental**. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2001.
- SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio Gilberto. (Org.). **O fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Guanabara, 4a. ed., 1987.
- VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. São Paulo, SP: Estação Liberdade, 1996.

# A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA

Léia Comar Riva<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

As prerrogativas inerentes a todas as pessoas humanas, previstas sob o ponto de vista da religião e dos costumes, juridicamente foram consagradas sob as diferentes concepções de Estado e se sustentam em importantes documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No Brasil, a positivação do atual catálogo de direitos fundamentais é fenômeno recente. Embora esses direitos há muito tempo rodeiem a proteção do indivíduo, principalmente em face do Estado, somente com a Carta Magna de 1988 eles foram aprovados como os conhecemos. Ditos direitos direcionam-se, além de consagrar o respeito aos indivíduos, a garantir a limitação do poder, o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa e a proteção da família.

O presente trabalho tem como foco principalmente levantar dados históricos que possibilitem compreender a aquisição e a garantia dos direitos fundamentais no Brasil. O procedimento metodológico constituir-se-á de pesquisa bibliográfica e documental; a análise

---

<sup>1</sup>Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

interpretativa dos dados levantados junto à doutrina brasileira e estrangeira fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”, e terá como referencial os trabalhos de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42) e Marchi (2009, p. 66).

Para alcançar os objetivos propostos num primeiro momento serão levantados dados históricos sobre o direito natural e a trajetória percorrida para a concretização dos direitos humanos no Brasil e analisa essa trajetória sob as diferentes concepções de Estado. Ao final serão apresentadas as últimas considerações.

## 1. Direito Natural

O estudo do direito natural é muito amplo e não há convergências quanto a sua fundamentação. Entre as diferentes teorias que procuram explicar seu embasamento, encontra-se a dos jusnaturalistas<sup>2</sup> que tem a natureza humana como sua fonte. No plano filosófico, essa teoria é severamente questionada pelas teorias materialistas e dualistas. Segundo aquela “[...] corrente, o homem se compõe apenas de matéria, nada lhe podendo restar com a morte. Todas as funções humanas teriam base e explicação em fenômenos físicos”. (NADER, 1998, p. 159). E, para a dualista, “[...] a pessoa, além da matéria, teria a dimensão espiritual, não podendo reduzir as manifestações vitais a reações corpóreas”. (NADER, 1998, p. 159). Ainda, segundo o autor:

Após a análise das concepções de sete teorias sobre a matéria, reunindo os pensamentos de Platão, da corrente do cristianismo, de Marx, Freud, Sartre, Skinner e Lorenz, o professor da Universidade de Oxford, Leslie Stevenson, conclui que as diferentes opiniões, embora registrem sérias discordâncias, não

---

<sup>2</sup> De forma sucinta a teoria jusnaturalista divide-se em *jusnaturalista ontológica* a qual considera que os direitos fundamentais da pessoa é a crença no direito natural, o *jusnaturalismo deontológico*, com a mesma raiz teórica no sentido de que o direito natural é fundamento dos direitos humanos, mas difere da anterior no sentido de que outorga ao mesmo, mais que o caráter de uma ordem jurídica distinta do direito positivo (dissociado de sua relação com o conceito de natureza humana) e o *jusnaturalismo racionalista* que vê fundamentalmente o direito, como um direito subjetivo (atualmente a teoria mais aceita). (WLASIC, 2011, p. 2-4).

são antitéticas ou inconciliáveis. Cada qual apresenta importantes aspectos à mais ampla compreensão humana. (NADER, 1998, p. 159).

Ao lado dessas correntes existem outras que se manifestam acerca do tema, as quais, no momento, não serão encetas, para não fugir do objeto de análise.

Segundo Montesquieu (2007, p. 19), as leis da natureza são “[...] assim designadas porque decorrem unicamente da constituição do nosso ser” e para “[...] conhecê-las bem, é necessário considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades” (MONTESQUIEU, 2007, p. 19) e as leis positivas, que daquelas não se contrapõem, estão consubstanciadas “[...] em leis, decretos, regulamentos, decisões judiciárias, tratados internacionais etc., variando no espaço e no tempo”. (MALUF, 2010, p. 7).

No tocante às leis naturais ou da natureza, com exceção da Inglaterra, após a conquista normanda, Miranda (2015, p. 15) anota que nos períodos que marcaram a Idade Média, “[...] não há Estado com as características que geralmente se lhe apontam”. Ainda, segundo o autor, o Cristianismo ou a “[...] Cristandade envolve a vida medieval e transpõe-se para o plano político como exigência de limitação de poder – do poder que vem de Deus (*‘Non est post potestas nisi a Deo’*), que deve ser aferido por critérios de legitimidade e que deve ser usado para o bem comum”. (MIRANDA, 2015, p. 16, grifo do autor).

Essa concepção religiosa do direito “[...] perdurou até o início do séc. XVII, quando Hugo Grócio proclamou a existência de Direito Natural independente de Deus”. (NADER, 1998, p. 118). Portanto, a partir de Hugo Crócio ocorreu importante evolução da matéria. Isso aconteceu devido à valorização da pessoa humana, registrada na Renascença, quando “[...] o Direito Natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana” (NADER, 1998, p. 131), logo, sua fonte é o homem. A ideia do *iuris naturae*, identificada com a natureza cósmica ou produto da vontade divina, existente desde a Antiguidade até Idade Moderna difere de sua concepção atual.

Também anota Bonavides (2008, p. 126) que foi Hugo Crócio quem admitiu “[...] um direito natural desmembrado da teologia cristã, capaz de subsistir até entre aqueles que não acreditassem em Deus, secularizando, assim, pela primeira vez, na Idade Moderna, o pensamento jurídico”. Desse modo Bonavides (2008, p. 127) explica que Crócio colocou “[...] todo o problema jusnaturalista no reconhecimento de um conteúdo que correspondesse à *natureza humana*, estável e constante” e a superação da teoria de Crócio, ante a impossibilidade de se determinar a verdadeira essência da imutabilidade da natureza humana. (BONAVIDES, 2008, p. 127).

Também no âmbito jurídico, acerca dos direitos naturais, Silva (1992, p. 161), ladeado pela maioria dos autores consultados, afirma serem inerentes à natureza do homem, são direitos inatos, “[...] que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”. O autor afirma que hoje já não é aceito que tais direitos sejam naturais porque “provenientes da razão humana ou da natureza das coisas”. Atualmente, nas constituições, são os direitos positivados, os quais “[...] encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico”. (SILVA, 1992, p. 161).

De acordo com o material levantado percebe-se que os “[...] direitos naturais do indivíduo, anteriores a qualquer tipo de pacto social e inerentes a condição humana”, “[...] foram adquirindo progressiva importância ‘em diversos ordenamentos jurídicos’” (SOARES, 2002, p. 7), incorporados nas Declarações e positivados nas modernas constituições.

Os direitos do homem, nos termos da clássica lição de Norberto Bobbio (1992, p. 30) “[...] nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares [consagrados pelas modernas Constituições], para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Portanto, apesar de aqui também não ser possível traçar a trajetória para a consagração dos Direitos Humanos de uma forma “linear, regular e unívoca” (ARIÈS; DUBY, 2009, p. 398), os estudiosos, com pouca divergência de interpretação e de uma forma quase linear, apresentam fatos os quais marcam a trajetória

percorrida para a consagração dos Direitos do Homem e sustentam que com raízes na “doutrina de direito natural que desponta na Antiguidade (Aristóteles) e, em Roma, (Cícero)” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 27-28) essa doutrina é reafirmada, na Idade Média, século XIII, por São Tomás de Aquino e nos séculos XVII e XVIII com a defesa do jusnaturalismo nas doutrinas de Hugo Grócio – ao qual se deve a laicização do direito natural – e do contrato social de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

No tocante a família Santo Tomás de Aquino a considera como um “[...] grupo humano natural, destinado a conservar o indivíduo e a espécie”; os irmãos Mazeaud (1965, p. 673-676) reafirmam que ela constitui o agrupamento natural mais importante<sup>3</sup> e Pereira (1959, p. 89) assegura que ela “é um fato natural” criado pela natureza, e não pelo homem<sup>4</sup>.

## 2. Delineamento histórico: Constituição e geração de direitos

Os direitos fundamentais e o respectivo modo de garanti-los, segundo renomado jurista português Canotilho (2007, p. 52), foram incorporados nas constituições modernas, surgidas “sobretudo a partir de meados do século XVIII”. Continua o autor explicando que a consideração da pessoa como “[...] sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes)” (CANOTILHO, 2007, p. 52) e a afirmação de seus direitos e deveres pelas constituições liberais conduz à conversão, antes vista, dos direitos do homem “[...] situados no plano do direito natural” em direitos fundamentais “institucionalizados juridicamente e constituindo direito objetivamente vigente”. (CANOTILHO, 2007, 110-111).

---

<sup>3</sup> Tradução livre do texto: “*Le plus ancien, parcequ’il est un groupement naturel, et le seul groupement naturel. La famille [...] est pourtant, de tous les groupements de personnes, le plus ancien et le plus important*”. (MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J., 1965, p. 673-676).

<sup>4</sup> Continua o autor: “Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra”. (PEREIRA, 1959, p. 89).

Acerca do surgimento dos direitos humanos, tanto no plano histórico como no teórico, Bobbio (1992, p. 4) ensina que no primeiro “[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno/liberal, na representação da relação política, ou seja, a relação Estado/cidadão ou soberano/súditos” e, no segundo, plano teórico, que enquanto direitos históricos aparecem, sob certas circunstâncias, “[...] caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, 1992, p.5).

Quanto ao reconhecimento das “liberdades”, condição necessária “da vida social e da civilização” (AZAMBUJA, 1980, p. 152) – afirmada e reafirmada direta ou indiretamente por todos os documentos asseguradores dos Direitos Humanos nacionais e internacionais –, verifica-se que como ocorreu com o modelo inglês (1215), o francês (1789) e os norte-americanos, que a reconheceram a partir da internacionalização da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inspirou “[...] outros Estados que recepcionaram nas constituições os princípios da proteção à vida, à liberdade, à segurança, à saúde, à cultura, à educação, à ordem social e econômica etc.” (AZKOUL, 2002, p. 75 e 77-78, grifo nosso), além de outros valores semelhantes, e a proclamar em todos esses diplomas solenes os direitos públicos subjetivos. (REALE, 1981, p. 264).

Entre os instrumentos<sup>5</sup> internacionais de proteção aos Direitos Humanos, destacam-se: em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual prevê princípios tais como a igualdade, a liberdade e a legalidade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Essa Declaração, seja em razão de seu significado para Humanidade ou de suas determinações, é

---

<sup>5</sup> A palavra **instrumento**, utilizada com frequência no decorrer do trabalho, segundo seu sentido etimológico, derivada do latim *instrumentum*, de *instruere*, exprime, na terminologia jurídica, entre outras designações, a “[...] materialização de todo fato ou ato jurídico, que se tenha cumprido ou realizado por escrito. Segundo as circunstâncias, revela o documento [...]”. (SILVA, 1982, p. 488).

considerada "[...] o mais importante documento jurídico da história contemporânea". (BALERA, 2011, p. 11).

No tocante ao reconhecimento histórico dos direitos da pessoa humana, Azambuja (1980, p. 168) explica que conciliando todas as teorias, "a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é sem dúvida a mais solene e completa enunciação dos direitos individuais e sociais". O autor prossegue e afirma que a Declaração de direitos individuais está presente em todas as Constituições modernas, com variadas quantidade e extensão.

A efetiva vigência e a obrigatoriedade desses direitos no meio social dão-se através do reconhecimento "[...] pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais". (COMPARATO, 2013, p. 71).

Até fins do século XVIII as Constituições dos Estados eram costumeiras ou consuetudinárias. A filosofia política desse século "[...] incluiu, entre seus princípios de organização do Estado, a necessidade de uma Constituição escrita" (AZAMBUJA, 1980, p. 170) e inspiradas em tais princípios, surgem as primeiras Constituições escritas nos Estados Unidos da América do Norte, em 1787, na França em 1781 e no Brasil, em 1824.

Em brilhante trabalho *Dei normativekraft der verfassung* (A força normativa da constituição), o notável constitucionalista alemão Hesse (1991, p. 24) afirma que o surgimento da norma constitucional está condicionado à presença de vários fatores, tais como os históricos, os políticos e os sociais; que a mesma, além de regulamentar relações sociais mutáveis, ainda contém, "[...] de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado" (HESSE, 1991, p.11) e que abstraídas essas

[...] disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude de

céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. (HESSE, 1991, p. 21).

Além disso, as constituições escritas enquanto instrumento de definição e limitação da autoridade pública, devem, necessariamente, conter, segundo Maluf (2010, p. 229), “[...] dois princípios essenciais: a divisão do Poder em três órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana”; e esta última “[...] é uma síntese do Estado democrático, um resumo da ciência política autêntica e a razão do próprio Estado”. (MALUF, 2010, p. 229).

No tocante à divisão dos poderes, há certa unanimidade entre os autores consultados, no sentido de que desde Aristóteles, “[...] tem sido hábito da doutrina identificar em todo Estado a existência de três funções principais”, as quais “são as mesmas que hoje conhecemos” e que a “[...] divisão tricotômica foi retomada nos séculos XVII e XVIII por autores como Locke, Bolinbroke e Montesquieu”. (BASTOS, 1999, p. 151). De todos esses, foi Montesquieu quem “a imprimiu com mais clareza e perfeição” e trouxe para a doutrina “uma contribuição pessoal”, a qual justifica a paternidade que a história lhe estabeleceu.

No Brasil, constata-se a importância dos estudos do mestre português J. J. Gomes Canotilho “para a compreensão da nossa própria Constituição” porque a sua elaboração foi profundamente influenciada pela Constituição da República Portuguesa de 1976 (SILVA, 1992, p. 85). Segundo Canotilho (2007, p. 52), por modernas constituições, “[...] 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 se fixam os limites do poder político”.

Na sequência, nos séculos XIX e XX, as constituições escritas foram adotadas, por quase todos os Estados, novos ou antigos, e nelas “[...] foram descritas a organização e o funcionamento dos principais órgãos do Estado, sobretudo dos três poderes (ou, por vezes, quatro ou cinco): o poder legislativo, o poder executivo e o

poder judicial” (GILISSEN, 1995, p. 419); a exemplo da “[...] constituição da Virgínia de 1776, da constituição francesa de 1791 e das primeiras emendas a constituição americana de 1787, as constituições contêm também uma enumeração das liberdades públicas, um *Bill of Rights*, uma Declaração dos Direitos do Homem”. (GILISSEN, 1995, p. 419).

Com sua reconhecida maestria, Bobbio (1992, p. 5-6) ensina que a partir das lutas por liberdades religiosas e civis surgem os direitos de primeira geração, denominados de direitos individuais, porque estabelecidos com base nas liberdades individuais. Com as transformações nas sociedades capitalistas no pós I Revolução Industrial, há o surgimento dos direitos sociais e políticos, chamados de direitos de segunda geração, motivados pela melhoria de condições das classes mais baixas da população. Os direitos de terceira e quarta geração estão sendo firmados atualmente em nosso meio, e dizem respeito respectivamente aos direitos coletivos, como o meio ambiente, e os direitos referentes à engenharia genética.

Em relação às duas últimas gerações de direitos constata-se entre os autores certa divergência quanto aos direitos protegidos. Bonavides (2013, p. 587-588) apresenta a divergência segundo os estudos de Karel Vasak e Etienne-R Mbaya. O primeiro assinala que os direitos de terceira geração compreendem o direito à fraternidade<sup>6</sup> e o segundo o direito ao desenvolvimento caracterizado pela solidariedade. Ainda, para o autor, são “[...] direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. (BONAVIDES, 2013, p. 590).

No Brasil, Azkoul (2002, p. 59 e 68) comenta que, Proclamada a independência, foi outorgada ao povo do império, por D. Pedro I, a

---

<sup>6</sup>“A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. O direito ao desenvolvimento, proposto por Mbaya, “diz respeito tanto aos Estados como a indivíduos”, “[...] relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada”. (BONAVIDES, 2013, p. 588).

Constituição de 1824, a qual continha princípios liberalistas,<sup>7</sup> “dentre eles a declaração dos direitos individuais”. Na sequência, no final do século XIX e início do século XX, muitos decretos e leis foram promulgados.<sup>8</sup>

No tocante à declaração de direitos nas constituições brasileiras, Silva (1992, p. 155) ensina: “As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país”. Observa o autor: “[...] até, que a primeira constituição, no mundo, a *subjetivar* e *positivar* os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia”. (SILVA, 1992, p. 156).

A seguir, a Constituição de 1891, primeira da República, além de preservar os direitos individuais do homem “[...] sob a tutela do Poder Judiciário, objetivando impedir os abusos e ilegalidades dos poderes constituídos”, também declarou as garantias individuais. (AZKOUL, 2002, p. 59). Apesar da Constituição republicana (1891), “[...] de conteúdo liberal-clássico e, portanto, no seu caráter não intervencionista”, ter acolhido a declaração de direitos individuais ela ignorou os problemas sociais e não dedicou proteção à família brasileira enquanto durou sua vigência. (OLIVEIRA, 2002, p. 39).

Anota Azkoul (2002, p. 111), que “[...] por força do movimento revolucionário de 1930”, deu-se início à legislação social, mas os princípios do socialismo democrático somente foram adotados com a Constituição brasileira de 1934, que fixou os princípios da Revolução Francesa e a de 1937 que determinou, entre outras, a divisão do trabalho. Daí em diante, “as Constituições que lhes sucederam, prevendo a intervenção estatal”, adotaram “as mesmas

---

<sup>7</sup> Segundo o autor: “[...] a criação dos *writs* protetores das garantias individuais cabe ao direito anglo-saxônico. A Inglaterra foi o berço do liberalismo, onde se processou a evolução dos direitos individuais”. (AZKOUL, 2002, p. 68).

<sup>8</sup> Como exemplo, citam-se: o primeiro Código de Menores (Código Mello Mattos – Decreto nº. 17.943-A – 12.10.1927) e o Código Eleitoral (Decreto n. 21.076, de 24.02.1932), o qual passou a permitir a participação da mulher e das pessoas maiores de 18 anos no processo político.

matizes” e que a Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, deu “[...] um grande passo para instituir um estado democrático destinado a assegurar o exercício, dentre outros, dos direitos sociais e individuais”. (AZKOUL, 2002, p. 111).

### **3. O Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social**

O estudo dos direitos do homem encontra-se intimamente ligado às diferentes concepções de Estado, principalmente, a do Estado Liberal e do Estado Social. Isso porque, data do primeiro o surgimento dos direitos humanos de primeira geração, os modernos direitos individuais, tais como à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e do segundo os direitos de segunda geração, representada pelos direitos econômicos, sociais e culturais.

Consigna-se, que a presente abordagem direciona-se a contextualizar o estudo dos direitos fundamentais e subsidiar sua compreensão; portanto, não visa a um apanhado acerca das diferentes teorias que fundamentam, entre outras, a construção, as formas e a instituição do Estado.

Percebe-se que os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados pelas modernas Constituições (CANOTILHO, 2007, p. 52 e 110-111; COMPARATO, 2010, p. 74), têm suas raízes no modelo de Estado liberal com as declarações de direitos individuais nos séculos XVII e XVIII e, a partir de então, continuam se desenvolvendo, com vistas à proteção de novos bens e valores, a fim de assegurar as necessidades do momento em que surgiram, atuais ou não, e previstas antes. Razão pela qual, apesar de não ser objeto da pesquisa, para situar o tema investigado, mostra-se necessária, uma sumária investigação a fim de compreender algumas características da transformação do Estado liberal para o Estado social.

Miranda (2015, p. 17 e 25) mostra que a ideia de Estado moderno, “na plena acepção do termo”, move-se, do século XVI, após a “organização da política medieval” até nossos dias. O autor prossegue e comenta que, na época, “[...] o poder centraliza-se e

concentra no Rei e toda a autoridade pública passa a emanar dele, ele atinge todos os indivíduos – por serem súbditos do mesmo Rei; o território adquire limites preciosos e a todas as parcelas o governo central vai fazer chegar a sua lei”. (MIRANDA, 2015, p. 17-18). Essa concentração é acompanhada “[...] pelo próprio alargamento da comunidade política e pelo reforço do aparelho do poder, bem como pelas transformações intelectuais” (MIRANDA, 2015, 18) ocorridas. E, na sequência, “[...] com o constitucionalismo todo o Estado ficará envolvido por regras e processos jurídicos estritos”. (MIRANDA, 2015, p. 18).

O Estado Constitucional, Representativo ou de Direito<sup>9</sup>, cujo “[...] ponto culminante de viragem é a Revolução Francesa (1789-1799)”, no século XIX, surge como Estado liberal, o qual, apesar de repousar na ideia de mínima “interferência na vida social” (DALLARI, 2005, p. 280), e, como orienta Miranda (2015, p. 31), na concepção de liberdade e, em nome desta, “[...] empenha em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade”, não se sustenta e exhibe-se “[...] também como Estado *burguês*, imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico”. (MIRANDA, 2015, p. 34).

O Estado Liberal, embora tenha marcado “o advento dos tempos modernos”, não correspondia à realidade; logo, “[...] tudo o que o liberalismo havia prometido ao povo redundou em conquistas e privilégios das classes economicamente dominantes” (MALUF, 2010, p. 145), e, desse modo, não assegurava as funções primordiais do Estado. Após movimentos reacionários “o Estado liberal foi

---

<sup>9</sup> Miranda (2015, p. 31) explica que o Estado constitucional, representativo ou de direito foi conduzido por importantes correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo e “movimentos económicos, sociais e políticos”. Ainda, segundo o autor, a “expressão ‘Estado constitucional’ parece ser de origem francesa, a expressão ‘governo representativo’ de origem anglo-saxónica e a expressão ‘Estado de Direito’ de origem alemã. A variedade de qualificativos inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tónicos”.

colocado ante o dilema de reformar-se ou perecer. Efetivamente, onde ele permaneceu fraco e inerte, ocorreu a transformação violenta, surgindo o Estado revolucionário, como na Rússia, na Itália, na Alemanha, na Polônia” (MALUF, 2010, p. 145); e, ao contrário, por meio de reformas constitucionais em outros países, o “Estado liberal se transformou de maneira pacífica evoluindo para a forma social-democrática, através de reformas constitucionais e medidas legislativas”. (MALUF, 2010, p. 149).

O Estado, que deveria ter a menor ingerência possível e garantir o bem-estar comum, progressivamente assume “[...] atividades no campo econômico, social, previdenciário, educacional etc.” (BASTOS, 1999, p. 142), desse modo, a “[...] feição clássica de Estado liberal cede o passo à de um Estado social”. (BASTOS, 1999, p. 142).

O Estado Liberal “fundou a concepção moderna da liberdade” (BONAVIDES, 2011, p. 187 e 202- 204), mas ao assentar-se em bases individualistas, “[...] não deu a devida consideração aos grupos naturais que compõem a sociedade civil, entre os quais, a família é a maior representante”. (MALUF, 2010, p. 371).

A seguir, “[...] coube a doutrina a tarefa de reinterpretar a concepção de liberdade fundada no Estado liberal”, e abrir “caminho para o Estado social”, no qual “se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático”. (BONAVIDES, 2011, p. 187; 202- 204).

Assim, na primeira metade do século XX, após duas guerras mundiais, segue a nova fase na qual se buscam, entre outras, a “[...] transformação do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissezfaire* liberal; o acesso (ou a luta pelo acesso) das mulheres à igualdade – **igualdade de direitos na família**, no trabalho, na participação política [...]” (MIRANDA, 2015, p. 37, grifo nosso) a “[...] institucionalização da comunidade internacional, através de organizações a nível mundial ou só continental ou regional”, como a Carta das Nações Unidas, as Comunidades Europeias e o Mercosul e a “proteção internacional dos direitos do homem”, prevista na Declaração Universal dos

Direitos do Homem, de 1948; nos Pactos Internacionais; Convenções Europeia e Interamericana. (MIRANDA, 2015, p. 39).

O reconhecimento dos direitos fundamentais civis, políticos e sociais e sua inscrição nas cartas constitucionais, de acordo com Bobbio (2000, p. 501), ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, quando os “[...] direitos sociais passaram a ser parte integrante, não apenas das constituições das democracias populares, e, naturalmente, da Constituição soviética, mas também das constituições dos Estados democráticos”, os quais têm como fundamento “o reconhecimento da ‘pessoa’”. Assim, segundo o autor, essas constituições “[...] foram pouco a pouco se opondo as constituições da era liberal”. (BOBBIO, 2000, p. 506).

Na seara jurídica no “direito publico e privado da Europa Ocidental”, como ocorre no “direito inglês”, “[...] a legislação cada vez mais abundante de inspiração social, ou mesmo socializante, tende a assegurar a intervenção do Estado nos domínios económicos e sociais no *welfare-state*”. (GILISSEN, 1995, p. 215 e 244).

Acerca da teoria dos direitos fundamentais, elaborada a partir da década de 70, sobretudo na Alemanha, ensina Canotilho (2007, p. 1395) que tinha como objetivo “[...] esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria dos direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores dos direitos fundamentais”. Segundo o autor, aos poucos foram surgindo várias teorias. Entre as citadas por ele, existem duas que acompanham as fases aqui verificadas, denominadas teoria liberal e social (CANOTILHO, 2007, p. 1.396 e 1.399). Sem o intuito de investigá-las, constata-se que a teoria liberal tem como foco os direitos do particular perante o Estado, ou melhor, visa à proteção do indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado e a segunda, ao contrario da primeira, “[...] não postula a abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização desses direitos; a intervenção estatal é concebida não como *limite* mas como um *fim* do Estado”. (CANOTILHO, 2007, p. 1.399, grifos do autor).

Não se pode deixar de anotar, em consideração ao objetivo do trabalho, que o rompimento com a doutrina “[...] liberal clássica dos direitos fundamentais e seus elementos epistemológicos tradicionais” (VALE, 2004, p. 209), desenvolvida durante o Estado Liberal, possibilitou o surgimento de novas teorias, entre elas a da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado, a qual encontra seu delineamento em um modelo de Estado que viabilize a “proteção e realização dos direitos fundamentais”. (SOMBRA, 2011, p. 97).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao lado do direito natural firmado nas Escrituras, na Lei de Moisés e em Cristo e que, portanto, tem como fundamento os dogmas religiosos, há aquele direito natural que tem como fonte a natureza humana e, não se contrapondo a esses, surgem os direitos positivos. Essa assertiva é possível por se ter averiguado que os estudiosos, com pouca divergência de interpretação e de uma forma quase linear, apresentam fatos que marcam a trajetória percorrida para a consagração dos Direitos do Homem e sustentam que: a) despontou na Antiguidade; b) tem raízes na doutrina de direito natural; c) essa doutrina foi reafirmada na Idade Média e nos séculos XVII e XVIII com a defesa do jusnaturalismo e do contrato social.

Além disso, de acordo com o material levantado, percebe-se que os direitos naturais do indivíduo foram incorporados gradativamente nas Declarações e positivados nas modernas constituições. A evolução dos Direitos Naturais e a positivação dos Direitos Humanos nos principais comandos normativos modernos atribuem ao Estado e à sociedade em geral, juntamente com a família, o dever de proteger e assegurar os membros que a compõem. Entre as pessoas abrigadas estão aquelas que, por sua própria constituição, requerem maiores cuidados: a criança e o adolescente, o idoso e a mulher.

Ao examinar os dados, uma reflexão se faz oportuna, principalmente, direcionada àqueles que têm um olhar cuidadoso

para com o Direito Privado. Constatase que do próprio conceito de Estado Liberal, ou em nome dele, há o reconhecimento da pessoa humana e a defesa dos direitos individuais como à vida, à liberdade e à igualdade e que, em relação à família, datam desse período o início da mudança de paradigmas em suas relações nos planos pessoal, social e jurídico. Isso ocorre, por exemplo, em relação aos institutos do casamento, do parentesco e da filiação. Assim, como também, verifica-se que datam do período seguinte, o qual é marcado pelo advento do Estado Social, uma codificação que garante maior proteção e assistência às pessoas.

Além disso, ocorreu a valorização tanto da família, enquanto instituição social, quanto das relações intrafamiliares, as quais, até pouco tempo, ou eram marginalizadas pela doutrina ou, quando discutidas, não lhes infligiam o devido valor, hoje garantido pela atual Constituição. Podem ser citados: maior proximidade entre as pessoas, por meio da valorização das relações pautadas na afinidade e socioafetividade, no respeito à dignidade da pessoa humana a cada um de seus membros e na liberdade, na justiça e na solidariedade, na reciprocidade e na fraternidade.

Claro, portanto, que as diferentes concepções de Estado refletem nas diferentes concepções familiares e além de tudo, estabelecem as formas e os parâmetros de como membros de uma mesma família devem se relacionar.

## REFERÊNCIAS

- ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada: da Renascença ao século das luzes**. CHARTIER, Roger (Org.). Tradução de Hildegard Feist. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009. v. 3.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 19. ed. Porto Alegre, RS: Editora Globo, 1980.
- AZKOUL, Marco Antonio. **Teoria geral do estado**. São Paulo, SP: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BALERA, Wagner. **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. Coordenação Wagner Balera. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bavero. Tradução Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Fabris Editor, 1991.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. 3. ed., 2. tir. Paris: Montchrestien, 1965. T. I.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo, SP: RT, 2002.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1959.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. rev. São Paulo, SP: Saraiva, 1981.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. v. I, III e IV.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 1992.

SOARES, António Goucha. **A carta dos direitos fundamentais da União Europeia: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2011.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre, RS: Fabris Editor, 2004.

WLASIC, Juan Carlos. **Manual crítico de derechos humanos**. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

# O QUE É PAZ?

Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza<sup>1</sup>

“ Con tantas demonstraciones la Naturaleza enseñó  
la paz y la concordia”

“Cristo no va reconocer outro símbolo sino el que  
impuso El, a saber: el símbolo de la concórdia”.

“Aquí dentro, sin duda, me digo a mi mesma, entre  
estos cortesanos, habrá um lugar para la paz.”<sup>2</sup>

Tema questionado desde sempre. É um estado de espírito? É um direito fundamental do Homem? Contrapõe-se ao termo Guerra, seu binômio linguisticamente contraposto? É imaterial/material? Qual seu conteúdo semântico? Várias foram as respostas ao longo do desenvolvimento humano. Através dos tempos, gênios da humanidade, cada qual respondendo em análise deste termo, deram seu enfoque linguístico-semântico, esquematizaram-no a partir de suas vivências, experiências vitais, com a coloração relativa à época em que viveram.

Mas, Erasmo de Roterdam, a partir de um artigo, enfoca de vários ângulos a PAZ em sua atemporalidade: no mundo mineral, no mundo vegetal, no mundo animal, e especificamente aqui, entre os homens desde os de ‘espíritus impíos’ aos que deveriam possuir

---

<sup>1</sup> SOUZA, Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de, Professora Universitária – UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Paranaíba) de Direito Penal, Profa. de língua portuguesa-francesa, pela USP/Université de Nancy – França. Mestra em Direito Penal - USP, Doutoranda em Direito Penal – UBA (Universidade de Buenos Aires - Federal), Pedagoga.

<sup>2</sup> ERASMO de Roterdam Q U E R E L L A D E L A P A Z, DE CUALESQUIERA PUEBLOS ECHADA Y DERROTADA in Obras Escogidas. Aguilar. Madrid, 1964: p. 968-994. Texto escrito por volta de 1517. Cópia no Museu do Louvre. Paris/França. Ele foi filósofo e escritor holandês. Aqui serão copiladas frases, para dar mais autenticidade ao artigo. Para se situar no tempo deste questionamento: Erasmo nasceu em 1466, Lutero em 1483.

‘la unidad de pensar y de sentir, y un solo corazón y un alma sola les eran de todo punto necesarios’. No texto “Querella de la Paz”, personifica-a, e é ela quem fala sobre os humanos a

‘injustitia que conmigo se comete... con mi ruina, ellos mismos alejan de si la fuente de toda felicidad humana y se echan encima un oceano de calamidades, más debo lamentar yo su malandanza que mi ultraje... aquellos con quienes hubiera preferido no más que enojarme, véome obligada a dolerme de su sino y a sentir por ellos doliente commiseración’.

Apesar de vários intelectuais terem refletido sobre o tema, importa aqui destacar, Erasmo de Roterdã<sup>3</sup>, que conseguiu ultrapassar seu delimitado temporal, e como criador literário, destacou o que é primordial na humanidade, e neste texto retratou a PAZ atemporalmente com validade significativa, inclusive, no contexto dos dias hodiernos, pois que a enfocou sob prisma de sua essencialidade.

Erasmo de Roterdã em QUERELLA DE LA PAZ, DE CUALESQUIERA PUEBLOS ECHADA Y DERROTADA, fala-nos da PAZ. Brilhantemente, utiliza o recurso literário da personificação, i.e., humaniza-a. Como uma personagem criada ela vai desfilando a ignomínia, indiferença, o orgulho, a vaidade, e o desejo incontrolado pelo poder do homem sobre o homem. Compara-o ao mundo animal irracional:

“Y qué diré si, entre las fieras más fieras, se mantiene una apacible convivencia? La braveza de los leones no se embravece entre leones... la serpiente no se ensaña en la serpiente, y un proverbio vulgar pregona y encarece la concórdia de los lobos...”. Ao mundo vegetal: “Vegetables hay que son estériles si no les agregas el macho; la vid abraza al olmo; el albrichigo ama la vid. Y hasta esas mismas plantas que nada sienten, con todo, parecen sentir el beneficio de la paz. Pero las plantas, a su vez, por más que no sean

---

<sup>3</sup> Nascido 27 de outubro de 1466, em Roterdã, Países Baixos, e falecido em 12 de julho de 1536, em Basiléia, Suíça. Conforme notícia corrente foi um humanista esplêndido, que teve o privilégio de nascer e ganhar prestígio no Renascimento, período em que houve um extraordinário progresso de arte, do pensamento, da literatura e de toda a vida europeia no geral, foi também neste período que a Europa se recuperou da escuridão intelectual vivida na Idade Média.

sensitivas, por la razón de tener vida, están en la vecindad de los seres que sienten”. Ao mundo mineral: “Qué cosa hay más bruta que los minerales? Y, con todo, llegarías a decir que gozan del sentido de la paz y de la concordia. Y así es que el imán atrae el hierro y, luego de atraído, lo retiene”.<sup>4</sup>

Neste sentido, Antoine de Saint Exupéry,<sup>5</sup> (EXUPERY: 1966) filósofo, escritor francês em sua obra ‘Le Petit Prince’ descreve a responsabilidade do homem que cativa, e o dever da manutenção da amizade do protagonista desta conduta.

Ao mesmo tempo a Paz (ERASMO:1.964:967-972 ) vai além ao analisar o mundo animal, agora, centrando-se no ser racional, quando o ser humano se utiliza da força: ela requer união dos iguais, para poderem dominar aos mais fracos. Ao contrário do que se acorda “... la Naturaleza enseñó la paz y la concórdia” aos homens: a instrução deve uni-los; a dolorosa experiência do mal deve reduzi-los às doçuras do amor recíproco; e somente ao ‘animal humano’ deu ‘a palavra, principal conciliadora de amizade’. Aos animais irracionais concedeu “armas y aparejos con que defender su existencia”, ao homen, ‘desarmado e imbele’, a garantia única de “sua seguridad personal es el implícito pacto y la buena amistad mutua” para perpetuar a espécie: união na defesa contra as feras, na concórdia conjugal, no amor e piedade paternal, e no correspondente afeto dos filhos a socorrerem “la flaqueza de sua ancianidad”; desta forma atinge-se “aquella concordia que los griegos, con vocablo certero, llamaron *antipelagosí*”, além dos “saborosos vínculos de los parentescos y las afinidades”.

A Natureza convida à paz, mas qual é a fúria do homem “de tan tremenda eficacia para el daño que trás de haberlo roto, disipado, desperdiciado todo, sembró en los humanos pechos tan insaciable furor bélico”. Então a Paz se pergunta: se a Natureza

---

<sup>4</sup> GERRITZSOON, Herasmus, ou ERASMO DE ROTERDAM. “Desuderio Erasmo Roterodamo”. Copiladas algumas frases do trecho p.967- 972, que se referem ao mundo mineral, vegetal e animal.

<sup>5</sup> EXUPÉRY, Saint, Antoine de. *Le Petit Prince*. Paris – France: Éditions Gallimard – 1966. No século passado Exupéry edita essa obra, conhecida mundialmente; trata-se, sobretudo, do aprendizado do infante sobre a convivência humana.

tendo sido pouco eficaz entre as criaturas, privadas de sensibilidade, a doutrina de Cristo, que pregou a concórdia (paz), a benevolência mútua, por sua vez, não persuadiria contra esta “impia y fiera locura de guerrear?”.

Assim, a Paz para avaliar sua existência faz uma viagem: entre os homens, (onde, deveria repousar); entre os cristãos (deveria ser eterna), nas cidades (deveria reinar a harmonia entre quem vive no circuito de umas mesmas muralhas, governados pelas mesmas leis, sofrem os mesmos perigos, “como quienes van embarcados en la misma nave”), entre os domicílios (sem considerar os da plebe, que define como “mar movedizo, se encrespa y alborota a sus horas”) só nos palácios principescos (onde vê atenções da boa convivência e todas as finesses de urbanidade, mas tudo é aparência e ficção)<sup>6</sup> contudo, não se encontra também ali. Pergunta-se, colocando dúvidas em sua percepção: Os príncipes, então, seriam mais poderosos que ilustrados?

Para responder à questão, e não se encontrando nestas diferentes paragens, vai entre os instruídos (“las buenas letras hacen hombres, la filosofia hace superhombres, la teologia hace santos”), mas dentre eles há um novo gênero de guerra, não tão sangrento, mas não menos insano. Os argumentos ultrapassam aos ultrajes, por meio de papéis, que mordem como flecha mortal da língua: o retórico contra o dialético, o teólogo contra o juriconsulto; na mesma profissão: o tomista contra o escotista, o nominal contra o real, o platônico contra o peripatético.

Por conseguinte, resta-lhe buscar-se na “sagrada âncora de la religión”, “Quién no confia que aqui habrá sitio para la paz?” Mas também aí não se encontra em porto tranquilo, definitivo, nem mesmo entre sacerdotes (com paramentos litúrgicos, cruzes, símbolos da paz, demonstração de caridade, reuniões cotidianas, etc.), nem entre o bispo e seu cabido, nem entre a “un linaje de hombres que están ligados tan estrechamente con su orden, que, por más que lo deseen, por via ninguna pueden abandonarla”. São

---

<sup>6</sup> Nesta colocação, a própria Paz, personificada, se refere ao local dos palácios principescos, como a um aprazível remanso de tranquilidade, no qual existiria de fato a PAZ, mas tudo é ficção, pois que não existe também ali. .

tantas facções quantas as confrarias: dominicanos contra os 'minoritas', os beneditinos contra os bernardinicos: "a cada qual le gusta lo propio y condena y odia lo ajeno. Y aun una misma hermandad está dividida en mil roturas y pedazos: los observantes se encarnizan contra los recoletos".

Por último, em sua caminhada busca esconder-se nos monastérios, num local humilde, mas aí também não se encontra: onde ela deveria reinar simplesmente, encontra contendidas. Então, responde a esta situação de intranquilidade:

"um mismo hombre pugna consigo mismo. La razón lucha con las pasiones, y una pasión tiene conflictos con otra, cuando hacia un lado empuya la piedad y hacia otro lado impele la concupiscência. Demás de esto, una cosa aconseja la voluntad de la carne; otra, la ira; otra, la ambición; otra, la avaricia. Y siendo ellos como son, no tienen empacho de que se los llame cristianos, cuando de todas maneras se apartan de aquello que es lo principal y lo privativo de Cristo."

Até este ponto, a Paz se busca em todos os recantos possíveis de se encontrar. Porém, a busca é infrutífera. Ela começa por explicar de onde surge, mas as instituições comandadas por homens não trabalham na sua consecução, pois entre ela e os bens privados, o homem prefere lutar na conquista dos bens materiais, ao invés de instalá-la definitivamente entre os humanos.

## A PAZ DE CRISTO

O que vaticinou Cristo? Pergunta a Paz (ERASMO:1.964:973-977). Enumera diferentes opiniões, mas todas tendem à doutrina da concórdia e do amor mútuo: Isaías: vaticina a vinda do Cristo, anuncia o Príncipe da paz; Sílio Itálico, poeta pagão, escreveu "Paz, a melhor das coisas que a Natureza deu aos homens"; Citaredo, o místico, asseverou: "En el seno de la paz aderesóse su vivenda"; Isaías defende que a obra de justiça chama-se paz. São Paulo O denomina Cristo de Deus, da paz, e invoca a paz de Deus. Há os que aduzem que as Escrituras O designa Deus dos exércitos, (no sentido de

concentradas hostes das virtudes) das vinganças (entendida como correção dos vícios); alega ainda Isaías meu povo se sentará “en la hermosura de la paz”, outro profeta apregoa “Paz sobre Israel”. Enfim quem prega Cristo “es pregonero de paz”, e ao contrário quem apregoa a guerra, apregoa a quem é menos parecido com ELE.

Cristo veio ao mundo para reconciliar os homens com o Pai e uni-los. Então, por Cristo, ela, a Paz, se transforma em Salomão pacífico, em David, não o varão guerreiro, que manchou com sangue a casa do Senhor. E se indaga: se a guerra pagã “manchó y profanó a un rey piadoso, qué no hará la no restañada efusión de sangre cristiana?” Ao que responde: “Ruégote, príncipe cristiano, si eres cristiano de veras, que pares mientras en la figura de tu príncipe, observa cómo inauguró su reinado, cómo anduvó por los caminos terrenales, cómo sallió del mundo...”

No nascimento do Cristo, anjos entoam em trombetas canção de paz, ovacionam aos que têm propensão à concórdia. Não tocam em armas. Na idade adulta Cristo saúda: “Paz a todos”, ensinou a disciplina da paz. Seus apóstolos iniciam suas epístolas com a palavra paz. E no final “en el transe supremo de la Passión: Amao-dice-los unos a los otros, como Yo os he amado. Mi paz os doy; mi paz os dejo... En conclusión que les deja? Les da paz, les deja paz, paces con los amigos, paces con los enemigos”. Não deixa cavalaria, riquezas, etc., na eminência de sua morte, Cristo pediu ao Pai santo que conservasse os homens em seu nome, e os considerasse, assim como a ele, uma só coisa: ‘somos o mesmo’. Mas, para se salvarem deveriam manter entre si a paz recíproca, embora filósofos enumerassem vários preceitos, como o fizeram Moisés e os reis nos editos, Ele, apenas com um único preceito apregoa o comportamento para salvação: “que os améis los unos a los otros.”

Além desta concórdia cristã, propõe em sua oração “Pai nosso”, visando à unidade de todos como irmãos. Então, como aceitar a discórdia numa mesma família? Como concebê-la entre os que andam envoltos em conflitos mútuos, e em guerras jamais interrompidas? Ele se denominou de pastor e aos homens de ovelhas. Sabia que

“la paz no puede tener consistência donde existe rivalidad y lucha por la magistratura, por la gloria, por las riquezas, por este motivo descuaja de raiz todas estas pasiones del ánimo de los suyos y prohíbe que no en todo se ofrezca resistência al mal y manda que de los que merecieron mal, los suyos si pueden merezcan bien, y que truequen oraciones por imprecaciones.”

Entre outras coisas Cristo prega a humildade: a quem exerce principado aconselha paz, deve conduzir-se como um servo, e observar como os pássaros vivem livres, e os lírios silvestres se vestem. Alerta que se deve excluir todos os ricos do reino celestial, e nada se justifica derramar torrentes de sangue humano, mesmo em tempos de crises. Ensina a mansuetude, pois não é possível aprender do Cristo a ferocidade. Preceitua deixar a oferenda a Deus no altar, e ir reconciliar-se com seu irmão.

Em torno de Cristo incidiu um símbolo: o da concórdia. Quando de sua morte discípulos contemplam como subiu aos céus; e avisados, esperaram a vinda do Espírito celestial, que prometeu ficar entre eles até consumação dos séculos. Mas não disse que esperassem a assistência de Cristo em nenhuma guerra. “Todos tenían-dice- un solo corazón y un alma sola”. Separa o espírito do corpo, “Ahuyenta la paz, y se hunde toda la vida social cristiana”.

## **DIFERENÇA ENTRE TENDA DE CAMPANHA, IGREJA E CRISTO.**

Erasmus frente à Igreja, que significa congregação e unidade, difere-a da simples tenda de campanha, que significa dissensão e luta. Que correspondência poderia ser mantida entre elas? Mesmo na guerra os cristãos não podem igualá-las, em nome da fé. Isto é, não é admissível a Igreja guerrear e, ainda mais, levar consigo mercenários para luta. O povo cristão, pelos sacramentos, deve estar unido em torno de um Príncipe comum. Mas o que tem de comum com Cristo os cristãos e mercenários contratados, nestas guerras “santas” para matar?

Não obstante, a Igreja elege o batismo, como um dos sacramentos, que deveria igualar a todos, e é por ele, que se torna

nascer, e todos são uma mesma coisa em Cristo; entretanto, nem o “Pan del cielo, ni el mismo Cáliz” os reúnem em uma amizade que ratificou Cristo em pessoa, e simbolizam adequados sacrifícios. E por esta razão, a Paz se indaga: se Cristo não conseguiu a paz, e para conservá-la não vacilou em sofrer morte na cruz e derramar seu sangue, como as tantas cerimônias “atuais”, teatrais religiosas, poderão conseguir? Uma coisa é certa:

“Idéntica para todos es la ley del nascer; férrea e igual para todos la necesidad de envecejer y morir”. Para todos es el único y es el mismo el Príncipe de su linaje; único y el mismo el Autor de su religión; al precio de la mesma sangre fueron rescatados; todos iniciados en los mistérios mismos; todos alimentados por los mismos sacramentos; todo el provecho que les sobreviene brota del mismo manacial y es por un igual común a todos. De todos es la misma Iglesia e idéntica la remuneración de todos. Es más: la propia Jerusalén celestial... (ERASMO:1964:978)

Apesar dos cristãos estarem ligados em sua origem: CRISTO (Paz/Único Príncipe) e IGREJA (“tantos mandamentos, com tantos mistérios, com tanto simbolismo”), não conseguiu que eles se reconciassem, “ni los bienes ni los males.”<sup>7</sup>

## AS GUERRAS E A CONDUTA DO CRISTÃO

Erasmus de Roterdan (ERASMO:1964:978-979) passa analisar as guerras, suas contemporâneas: confirma que o cristão continua o mesmo não se transmutou: guerreia por ambição, “los acucia la ira, consereja pésima, los arrasta la codicia de poseer, que no tiene jamás hartura. Por regla general, esta guerra, llevábase contra un enemigo exterior” A vitória lhes possibilitava a subjugação das nações bárbaras e ferozes, rendendo vantagens - o vencedor recebia todo bem do vencido. Portanto, os cristãos nas guerras

---

<sup>7</sup> “Qué cosa más quebradiza que la vida humana? Breve es y a cuántas enfermedades ocasionada y expuesta a cuántos trances azarosos” mas, mesmo assim “en su desafortada locura (el hombre) todavia se acarea más y más...” Op. cit. p. 978.

“luchan en todo lugar y con terquedad asidua; no tienen moderación ni fin los alborotos; colisiones de un pueblo con otro pueblo, de una ciudad con otra ciudad; de una facción con otra facción, de príncipe a príncipe, que por la locura o por la ambición de dos ruines hombrecillos; que luego al punto morirán a modo de micróbios, que no viven más allá de un día, las cosas humanas andan revueltas en una caótica confusión”.<sup>8</sup> Concluí tristemente que “... y en trueque, nuestra cara se arrebola de vergüenza al considerar por cuán inconfesables y frívolas causas los príncipes cristianos ponen bajo las armas al orbe todo”...

Pondera que aqueles que guerreiam são considerados cristãos: mas, que com ousadia se aproximam dos templos do Senhor e de seus altares sagrados, se são dominados pela cobiça de possuir? Por isso ainda se questiona: se são membros de um mesmo corpo místico de Cristo, como não se alegrar com a felicidade alheia? Não obstante, declaram guerra a um reino vizinho mais próspero, como foi feito ao reino da França, ‘senão porque é o reino mais florescente’. Sua Universidade tem fama e boas letras suas leis alcançam maior autoridade e florescimento... Nenhuma outra nação européia é superior à França: “Sola Francia es como la intacta flor de los señoríos cristianos y como su alcázar de seguridad para el caso en que se abata sobre Ella alguna tempestad inopinada”. Por conseguinte, todos os ataques, a pretexto da religião, se locupletam: “así allanan el camino para dilatar el império de Cristo”.

A ignorância poderia desculpar os cristãos, se fossem moços (imperícia dos anos), pessoas leigas que decidissem. Mas não, são personalidades cujo conselho e temperança deveriam “acallar y sosegar los airados movimientos populares”.

---

<sup>8</sup> E arremata “... Y, cosa que constituye el colmo de la maldad, los hay quienes, con trazas y manas de tirano, en percatándose que la concordia del pueblo mina su poderío y que la disensión lo robustece, subornan a quienes, con ahincado empeño, irriten la psicosis bélica, gracias a la cual diriman la unión de los bien concertados y, a la vez, desplumen al pueblo infeliz con mayor licencia e impunidad. Esto es lo que procuran algunos magistrados, que engordan con las penalidades del sufrido pueblo” e em tempo de paz pouca coisa tem-se a fazer na república” p. 979.

## AS GUERRAS ATRAVÉS DO TEMPO E O CRISTÃO GUERREIRO

As guerras, tanto as antigas como as contemporâneas de Erasmo, foram empreendidas “por antojo de los príncipes y conducidas con harto daño del pueblo, siendo así que el pueblo no tenía arte ni parte en ellas, ni en ellas se ventilaba ningún interes suyo.” (ERASMO:1.964:980-983). O objeto de cobiça dos cristãos se estendia mesmo a cidades fundadas e formadas pelo povo, bem sucedidas, e eles passam a guerrear para conquistá-las.

A Paz questiona diante de tanta calamidade que

“llegaron estos malhadados tiempos nuestros, que aquello que acullá, en el paganismo, se considero ser desdoro y deshonor, a saber: oprimir con el yelmo la canicie, como gráficamente dijo aquel, esto mismo, en la actualidad, se tiene por merecedor de loa entre cristianos”.

Por isso não se pode oferecer paz de boca, e na realidade provocar guerra, sobretudo os teólogos mestres da vida cristã (sacerdotes de Deus: bispos, cardeais, vigários) os que professam uma religião perfeita. Acrescenta ainda: “Y tu, con aquella boca con que predicas a Cristo, autor de la paz, alabas la guerra, y con la misma trompa pregonas a Dios y a Satanás?” Deve-se afirmar, entretanto, a respeito dos pregadores do Cristo:

“Cuán hermosos son les pies de los que anuncian la paz, de los que anuncian los bienes, de los que anuncian la salud; non se inverta y se diga: Cuan es fea es la lengua de los sacerdotes que exhortan a la guerra, que incitan al mal, que provocan a la ruína y a la muerte!”

Comparando seu tempo ao dos romanos, afirma que estes faziam declaração jurada de conservar mãos puras de sangue e não se vingariam: Tito Vespasiano observou fidelidade a estes juramentos. Mas os contemporâneos de Erasmo, teólogos consagrados a Deus e religiosos, mais que os sacerdotes, fazem maior profissão de santidade e ao mesmo tempo

“inflaman los combustibles ánimos de los príncipes y del pueblo a los estragos de la guerra”, que poderiam manter-se en “quietud”. Aqueles mesmos tomam parte ativa nas campanhas “y ello en servicio de bastardos intereses, por aquellas cosas que en pleno paganismo menospreciaron los filósofos, cuyo menosprecio es próprio y peculiar de los varones apostólicos...”.

Os pregadores do evangelho enaltecem ainda mais aos temperamentos propensos à fúria. Instigam a guerra de ingleses contra franceses, e vice-versa. “Nadie provocaba a la paz, excepto uno que otro que, con solo pronunciar mi nombre comprometían muy seriamente su cabeza”, afirma ELA. Eles influenciavam ora ao Sumo Pontifício, ora aos reis para acelerarem a guerra, contrariando sentenças dos pensadores católicos, os textos da Sagrada Escritura, ao ponto de tornar-se ‘impiedad abrir a boca contra la guerra y abalar aquello que primeiramente fue alabado por la boca de Cristo’.

Acresce ainda que se, se leva a insígnia da salvação, leva-se também a destruição de seu irmão, e com a cruz perde-se a quem pela cruz foi salvo. Faz de Cristo espectador de tão nefanda proeza: será que Cristo se digna assisti-la? Como querer que “la cruz combate con la cruz, Cristo pelea contra Cristo? ...” “Los hombres no son dignos de una sola cruz, sino de la verdadera”<sup>9</sup>. Platão ensina que entre gregos a luta armada não se deve chamar guerra, mas “sedição”, e para aqueles (pregadores do evangelho, reis, etc.) a guerra entre cristãos é “santa”.

---

<sup>9</sup> Por qué el combatiente en estas circunstancias reza y dice: Padre nuestro Osas llamarle, Padre tú, que hundes el puñal en la garganta de tu hermano? Santificado sea el tu nombre Cómo podría deshonorarse más el nombre de Dios que con estas desavencias tumultuosas entre vosotros? Venga nos el tu reino. Esto ruegas tú, que en tantos charcos de sangre proyectas establecer tu tirania? Hágase tu voluntad así en el cielo como en la tierra. El quiere la paz y tú preparas la guerra? El pan de cada dia pides tú al Padre común, tú que prendes fuego a los pares de tu hermano, y aun a trueque de que se pierdan para ti, siempre que él no pueda aprovecharlos. Y con qué boca dirás aquello? Perdónanos nuestras deudas, así como nosotros perdonamos a nuestro deudores. Esto dices tú, que con presura feroz te abalanzas al parricidio? Suplicas que el peligro de la tentación no se allegue a ti, tú que con peligro propio arrastras al peligro a tu hermano? Pides que se libre de mal a ti que, por instigación del mal maquinas para tu hermano un mal irreparable? p. 982.

Os pagãos castigavam severamente àquele quem “hubiere teñido el hierro en sangre fraterna”. Por ventura tem mais fraternidade entre aqueles que Cristo uniu do que aqueles a quem o parentesco é de sangue? “Miserable suerte la de los guerrereos! El que vence es parricida, y el que es vencido perece. Y no obstante, está expuesto al parricidio por su conato de parricidio”. Para os cristãos os turcos oferecem sacrifícios aos demônios, “siendo así que para ellos no existe víctima más aceptable que la de un cristiano degollado por otro cristiano: ... qué otra cosa haces tú que los turcos no la hagan?”

As escusas dos homens engenhosos apoiam-se na necessidade que os obrigam à guerra. Mas, irônica posição, pois é a ira, ambição, loucura que os leva à guerra. “À Dios no se le deslumbra com disimulaciones”. Não bastam os alaridos das procissões e rogativas pedindo paz:

“Que nos des la paz; te rogamos; óyenos Señor, que poderia responder (-nos): “Existen leyes; no faltan personas instruídas; hay venerables abades, y prelados reverendos cuyo discreto consejo podia poner compostura y quietud en el tumulto...” No hay paz tan inicua que no sea preferible a la más justa de las guerras.”

## **OS PRÍNCIPES, OS PRELADOS E A GUERRA**

O Pontifício chama à guerra, os príncipes acodem logo; contudo, se chama à paz, não obedecem com tanta presteza. Para tal disposição demonstram-se exemplos do Papa Julio, que movimentou aguerridas hostes, e do Papa Leão, que não teve êxito com convites à concórdia cristã, eles não conseguiram apoio necessário para a Paz, entre os príncipes. Esta presteza dos príncipes para guerra, Erasmo demonstra nas ‘reuniões’ dos “eleitos” de Deus para definirem as estratégias da “guerra santa”, para sobrepujarem pela força o domínio das ideias cristãs. Não há contradição? O Cristo não apregoou a paz? Como impor esta ideia através da guerra santa? Na verdade, os príncipes, sob pretexto da obediência à Igreja, serviram às suas personalidades ambiciosas.

Ao contrário do que acontecia: os príncipes deveriam considerar-se felizes, se faziam felizes aos seus; florescentes, se as cidades de seu senhorio floresciam em momento de paz. Portanto, esta disposição dos príncipes deveria ser a dos próceres, e dos magistrados, e que pelas conveniências da república alcançariam suas próprias conveniências. O rei, que tivesse ânimo pernicioso, perderia sua tranquilidade por “sacar a la fuerza, de sus vasallos, unos dineros destinados a una bárbara soldadesca? Aculará al hambre a los suyos para enriquecer a unos cuantos capitanes desalmados?” Não, o bom príncipe não exigirá isto de seu povo, e então andará longe o interesse do bem privado. Os malefícios da guerra devem recair sobre a cabeça de quem a deflagrou, e não sobre os lavradores e o baixo povo. Mas, nesta época descrita os príncipes guerreiam com toda segurança, multiplicavam-se os generais.

Além disso, os casamentos interferem na sucessão dos reinos: nascido na Escócia, p.ex., se vê, ato contínuo ao casamento, imperador nas Índias. Logo, o príncipe organiza os dois reinos, ou os perde no afã de ter os dois, porque tem aptidão para reger apenas um.

“De una vez póngase de acuerdo los príncipes sobre lo que cada uno debe administrar, y una vez acotados los limites jurisdiccionales, ninguna afinidad los ensanche ni los reduzca, ni alianza ninguna sea capaz de rectificarlos. Ponga cada cual el empeno mas vivo en hacer de su porción un Estado modelo... por dejarlo a sus hijos aumentado y enriquecido con las mejores creces... así reinarán la prosperidad y el auge... traben los príncipes entre si afectuosas relaciones... por amistad desinteresada y sincera...”. (ERASMO:1964:985-987)

Os príncipes devem manter boas relações, entre si, cultivar amizade desinteressada, sincera, para receber isto também de seu povo. Este é o príncipe ideal, sucedê-lo seja por sangue, ou mais idôneo, pelo sufrágio do povo, escolhido pela qualidade de ignorar o bem privado pelo público, e de não ir além de suas fronteiras, de não ter apenas quitado o que era do outro, mas, por ter melhorado o próprio.

Erasmus, quanto à Paz, exorta ao Príncipe ideal: se é tempo de guerra não admita em seu conselho pessoas jovens e aventureiras, que não tenham experimentados os males decorrentes dela, nem os que querem alterar tranquilidade pública, mas os amadurecidos e patriotas. Deve sanar as causas da guerra e em determinada circunstâncias “há de comprarse la paz”: o preço não parecerá exagerado se pensar que evitou derramar sangue, e engulir “las insondables fauces de ese monstruo”. “Haz la cuenta del número de males que evitas y del cúmulo de bienes que salvas, y no te pesará del caudal que hubieres pagado.” Aos prelados por sua vez: cumpram o ministério; aos sacerdotes: sejam verdadeiros; aos teólogos: ensinem a doutrina de Cristo, apregoem a paz pública e, privadamente, não participem das guerras, sobretudo as de cristão contra cristão (guerras injustas). Quanto a elas, Erasmo não tem a mesma visão das guerras justificadas<sup>10</sup>. Nestas o patriótico impulso dos príncipes devem rechaçar incursões dos bárbaros, velando pela quietude pública. Então, poder-se-ia falar de “Guerra Justa”, termo empregado mais modernamente: as guerras que por si só se justificam, enfocando, a figura da legítima defesa.

Não se deve colocar em altares imagens daqueles, que se sagraram mártires em guerra de cristão contra cristão, ainda mais a figura manchada de sangue. Os sacerdotes não se assentem em lugares onde houve guerra, mas apenas onde ela se dirima. Devem fazer conferencias sobre a paz, pois haverá de contar o peso de sua autoridade acordada.

“Y si la guerra constituye una dolencia fatal del ser humano, de arte que no pueda subsistir sin guerra... por qué, con mayor cordura, este mal necesario no se vuelva contra los turcos? Aun cuando muchismo mejor que somertelos con armas, será atraelos a la religión de Cristo con la predicación del Evangello, con beneficios que se les hicieran, con la ejemplaridad de nuestra buena vida”.

---

<sup>10</sup> Diferentemente da forma como visualiza guerra de cristão contra cristão “Hablo de aquellas guerras de cristianos con cristianos que se empeñan por motivos injustos o livianos”. Op. cit p. 986.

Desta forma a guerra de cristão contra cristão não se justifica! Por que não dirigir contra os turcos, se inevitável?

Se a guerra é inevitável, “no cabe duda de que es más llevadero este mal de combatir a enemigos de nuestra fe, que la recia impiedad de los choques y colisiones de cristianos con cristianos.” Esta caridade recíproca, pelo menos unirá os príncipes, numa espécie de sincretismo, porque ainda é esquecida a verdadeira concórdia.

Mas, a Paz, indignada com as escolhas, que os homens fazem sobre a guerra, indaga sobre a necessidade de escolhê-la, preterindo a concórdia.

## A PAZ X GUERRA

“Parte grande de la paz es querer sinceramente la paz” (ERASMO:1964, p. 987-989). Entretanto, nestes tempos, os temperamentos buscam viveiros de guerra: exageram e exacerbam o que é guerra e atenuam ou dissimulam o que contribui com a concórdia. Quantas tragédias desencadeadas por pequenas bagatelas, grandes incêndios vindos de pequenas centelhas. Regra geral é o interesse privado do príncipe que empreende guerra: inventa causas onde não existem, magnatas abusam da boa fé da plebe ignorante; sacerdotes a fomentam com seus pecados; o inglês é inimigo do francês, simplesmente porque é francês, etc. Em vez de estimular a guerra porque não os reconciliam?

“Por qué una frivolidad es más poderosa que tantos lazos naturales, y tantos vínculos como entre uno y otro tiende la cristianidad? El lugar separa los cuerpos, pero no las almas... El mar dirime a los anglos de los galos<sup>11</sup>, pero no rompe la unidad de unas mismas creencias”.

Porque não se pensa, em verdade, que este mundo é a pátria comum de todos, se o título de pátria é por si um aglutinante; todos somos nascidos dos mesmos ascendentes, e é certo que a afinidade

---

<sup>11</sup> Galos: se refere aos moradores da Gália, que corresponde hoje ao território da França.

de sangue cria amizade, e que a Igreja constitui uma família única comum igualmente a todos...? Perdoa-se a estreiteza de parentesco (v.g. do sogro), mas não se perdoa em nada a afinidade que estabelece a religião? É verdade averiguada que não existe vínculo que mais estreite as ligações que a solidariedade em Cristo <sup>12</sup> (ERASMO:1964:988).

Por qué tienen más vista para el mal que para el bien? Os menos dotados de senso, antes de emprender qualquer negócio particular estudam-no sobre todos os ângulos. Mas,

“los desalentados príncipes y su consejeros que no llevan a camino, precipitanse a ciegas y de cabeza por los derrumbaderos de la guerra, sin pensar que una vez que se dio soltura al monstruo no se le puede ya detener, y de muy pequeno se hace muy grande, y de uno nacen mucho y de incruento se hace cruento.”

É dever dos príncipes, e dos grandes repensar a guerra, se o vulgo não a atende. Os sacerdotes, por missão, devem demonstrar as razões da negação e metê-las nas cabeças dos que não as aceitam. Devem demonstrar o que é paz e guerra, o bem que a paz acarreta, o mal que a guerra traz, “y trás el maduro examen y la serena comparación, decide si te conveniene trocar la paz por la guerra”.

Se é um apaziguador com cidades florescentes, com vitalidade, bem cultivadas, com melhores leis, costumes bem desenvolvidos, pensa: “si me meto en guerras, destruyo yo todo esse florecimiento, todos estos frutos de la paz”. Se vê cidades destruídas, aldeias equiparadas a isto, templos incendiados, campos abandonados, é a guerra. Se quer que uma avalanche destruidora de soldados mercenários comam sua comida, e que confie sua seguridade ao

---

<sup>12</sup> Continuidade do pensamento de Erasmo: “Por qué solamente te baila delante de los ojos lo que ulcera el espíritu?...Y en conclusión, así como en Homero los amigables componedores que quieren reducirlos a concórdia achacan a Ate, divindad maligna, la responsabilidad del desacuerdo entre Agamenón y Aquiles, así también, los desafueros que no tienen disculpa impútense unas veces a la fatalidad, o si parece bien, a cualquier malicioso malandrín, y de los hombres transfiérase en Ate y en genio malo el ódio que suscita tal conducta. ”

alvedrio deles, é a condição da guerra; se detesta latrocínio, parricídio, estupro, a impiedade, o olvido da religião, como retrocederá da guerra se eles degolam a tantos homens?

*“Si juzgas que no hay peor estado para la republica que quando los peores son los más influyentes en la guerra quienes se imponen son los mas facinerosos, y aquellos mismos que, en tiempos de paz, clavarias en una cruz, en la guerra asumen los principales acometidos”.*

No tempo de guerra, quem melhor conduzirá as tropas se não o ladrão exercitado? Quem pilhará melhor as casa senão o sacrílego ou “taladrador de paredes?” Quem enfiará melhor o ferro no coração senão o parricida ou gladiador? E melhor incendiará que o incendiário profissional? Enfrentará melhor as tormentas do mar senão o pirata?

## O PRÍNCIPE BOM

*“Si la felicidad del príncipe es reinar sobre ciudadanos felices, debe reservar para la paz sus abrazos más cordiales. Si el más caro ideal para el príncipe bueno es el de ejercer mando sobre los mejores, más que nada le importa la detestación de la guerra, sentina que rezuma toda suerte de impiedad”.* (ERASMO:1964:983).

A Paz aconselha ao príncipe (ERASMO:1964:991-992): se ele pensa que a riqueza dos cidadãos é sua, deve evitar a guerra, a qual tritura e moe as possibilidades econômicas de todos, e tudo que conseguiu com esforço e arte passa para mãos de cruéis carneiros. A esperança da guerra é enganosa. Se a causa é justíssima, se a vitória da aventura da guerra é vantajosa, mesmo assim deve pensar no sangue humano, na ruptura dos costumes, da polícia, da ordem pública, no despojamento do povo, no fato de que as artes degeneram-se e envilecem, e mesmo o príncipe se exclui de regiões fronteiriças, que antes considerava suas, pois que a paz, em virtude do intercâmbio comercial faz comum todas coisas.

Agora, na guerra, é dono só de seu próprio domínio: para acabar com aldeola, quanto se gasta para transformá-la em cidade

fantasma! Com menor despesa poderia erguer cidade verdadeira, sem sair de sua casa para o desterro, sitiando o inimigo, dormindo ao relento, construindo novas muralhas, em vez de demolir as antigas; evitaria a compra de intendentess, capitães, e ainda com a décima parte dos gastos militares poderia comprar a paz. “Pero acaso te parecerá no ser próprio de ánimo grande el perdón de las ofensas. Mas yo te digo que no hay más inequívoca demonstración de ánimo pequeño que encarnizarse en la venganza.”

Mesmo, que teu vizinho (seja parente, ou afim), tenha recebido de você a retirada menor de um passo de seu direito, sua Majestade não será diminuída. Não deve confiar sua cabeça e fortunas dos seus à lealdade de uma chusma, para quem não existe coisa nem respeitável nem santa. Deve ater-se que a decisão da guerra deve mirar o interesse geral. O que se vê é cabalmente o contrário: todas as causas da guerra nascem de pretextos que nada “tienen que ver con el bien del pueblo” v.g.: outro Rei lhe nega mão da filha. O que importa isto à República? É dever do príncipe sábio considerar tudo isto. Otávio Augusto, que teve o maior, dilatado e brilhante império afirmou “Perezcan mis hijos, si algún otro ha de mirar más por el bien de la Republica ”

Alguns homens concretizaram a religião de Cristo, mas os príncipes cristãos se empenham em vingar, em fazer arder fogueira tão gigantesca para que arda em todo mundo, em fartar suas concupiscências. Vários deles apregoam não se sentir seguros por isso rechaçam a violência dos males. Mas, em toda história romana só os Antoninos Pios e Marco Aurélio sofreram atentados. Não há o que temer se governa para a República e não para si.

Porém, nem o respeito, que a religião merece, poderá reduzir ânimos à concórdia. O invento da bomba é dos cristãos, configura ainda maior crueldade quando colocam nelas nomes de apóstolos, gravam imagens de santos, p. ex. de São Paulo, incansável predicador da paz, e ainda é disparado contra cristão. Se, deseja levar turcos à religião de Cristo, comece por ser cristão. Para Homero (poeta pagão), os pagãos se fartam com sonho, comida, bebida, danças, música; os cristãos jamais se fartam com a guerra,

então com que boca predicar-se-á a Cristo, autor da paz, se entrega a dissensões sem fim? Se, quer fazer com que os turcos tenham, seja concorde. Se expõe a vida dos mortais, deve ao contrário levar a concórdia “En la afortunada emergência de algún próspero suceso, la concordia ló hará más grato, puesto que el amigo lo comparte con el amigo, y el que bien quiere se congratula con el ser querido”.

## **RELAÇÃO ENTRE HUMANOS, ENTRE PAI CRIADOR E SEUS FILHOS.**

Erasmus de Roterdã<sup>13</sup> ao final reflete sobre a relação entre humanos, entre o Pai e seus filhos, através da figura impar de Cristo. Depois aconselha o que acredita ser necessário para a evolução espiritual: 1) aos príncipes: de seu querer depende grande parte dos negócios dos mortais, com eles devem levar a imagem do Príncipe Cristo; reconheçam a voz de vosso Rei, que os chama à paz, assim como o povo, cansado de guerra; se há algum ofendido, perdoa agraciando o bem estar comum; 2) aos sacerdotes consagrados a Deus: são muito agradáveis a Ele, expressem estes votos com acento mais ardente; 3) aos teólogos: prediquem o Evangelho da paz, fazendo-a ressoar, em todo momento, aos ouvidos do povo; aos bispos e demais eclesiásticos: “haced valer vuestra autoridad para aprisionar la paz con lazos que no han de quebrar.”; 4) aos magnatas e magistrados: em vossa vontade ajudem a sabedoria dos reis, e a piedade dos Pontífices; 5) à confraria cristã: demonstre quanto vale a concórdia das massas contra a tirania dos poderosos, convirja seus pareceres a uma perdurável concórdia reúna a todos aqueles que a Natureza uniu; Cristo o fez com muito mais laços, mais doces e

---

<sup>13</sup> Erasmo afirma: “Cúan frívolas son y cuán efímeras aquellas cosas que entre vosotros provocan diferencias y conflictos! La muerte a todos nos amaga, así fúeremos reyes, así fúeremos villanos, Qué vastos y sañudos altercados promueve el hombre, ese micróbio que luego, al punto, se desvanecerá! A nuestras puertas está la eternidad. A santo de qué, por unas cosílas que no tienen más consistencia que la sombra urdís esos proyectos a largo plazo, como si no hubiera de tener fin esta vida presente?” p.993.

saborosos. Ele é príncipe e autor da felicidade humana, e a esta concórdia nos convidam “los copiosos bienes de la paz, las calamidades sin número de la guerra.” A esta tarefa “nos convocan las buenas disposiciones de los príncipes que, como por divina inspiración, se sienten propensos a la concordia.” E os prelados, por sua vez, devem cumprir o ministério: os sacerdotes sejam verdadeiros, os teólogos ensinem a doutrina de Cristo, apregoem a paz pública e privada, não participem das guerras, sobretudo as de cristão contra cristão (guerras injustas). Mas, aqui Erasmo não tem a mesma visão das outras guerras<sup>14</sup>, nas quais os príncipes, com patriótico impulso, devem rechaçar incursões dos bárbaros, velando pela quietude pública. Neste caso poder-se-ia falar de “Guerra Justa”, visando à legítima defesa, termo empregado, que o autor, pelo visto, ainda não dominava.

Relembra *Léon*, manso e pálido, que levantou a bandeira da paz, se fazendo às vezes de Cristo; *Francisco*, Cristianíssimo, rei de França, a quem não pesa comprar a paz, quando se trata do bem público, esquecendo até sua majestade; *Carlos*, incorrupto; *César Maximiliano*, *Henrique*, rei da Inglaterra, todos poderosos monarcas deram bons exemplos, que com gosto devem ser seguidos por todos. “El pueblo, en su inmensa mayoria, detesta la guerra y pide la paz”. Afirma a Paz que até o momento restam poucos gananciosos de guerra, e sua beligerância não se consigna com a experiência negativa de guerra do povo: “... guerra siembra guerra y venganza arrastra venganza.”

Ao final, a Paz, deseja que “Desde hoy, la gratitud engendre gratitud; el beneficio traiga consigo beneficio, y parezca que es más rey el que cedere más de su derecho.” E conclui, desejando que Cristo fará prosperar “las pias Negociações” fecundando-as sob sua auspiciosa inspiração, estará sempre presente favorecendo quem O tiver como fator mais principal. Que os príncipes sobreponham interesse público ao particular, isso bem servido melhorará a

---

<sup>14</sup> Diferentemente, visualiza guerra de cristão contra cristão “Hablo de aquellas guerras de cristianos con cristianos que se empeñan por motivos injustos o livianos”. Op. cit p. 986.

distribuição da riqueza. Terão reinado mais augustamente se governarem mais com leis do que com armas; haverá mais dignidade dos vassalos para com os sacerdotes, que terão um ministério mais tranquilo. Que ao povo quanto mais houver a quietude, maior abundância, e o nome do Cristo será mais temeroso ao inimigo da cruz. “Y, finalmente, cada uno para cada uno y todos para todos seréis a la vez caros e gratos, y lo que vale más gratos a Cristo. Agradarle a El constituye la suprema bienaventuranza. He dicho.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de concluir sobre o texto de Erasmo de Roterdam sobre a Paz, é mister visualizar o que se denominou “guerra justa”, cujo semas de significação foram agregando-se, diacronicamente, da cultura grega<sup>15</sup>, até o sentido pleno atual. Nestes termos se analisa, também, a legítima defesa, como mecanismo adequado para enfrentar a guerra iniciada pelo inimigo, do ponto de vista jurídico.

Para Platão a paz era um mero nome e era natural que as cidades estivessem ligadas entre si por uma sorte de “guerra não declarada” (*pólemos akéryktos*) (BUIS: 2014:27). *Stásis* indicava mal estar político e as rebeliões no interior da *pólis*, hoje, corresponderia ao conflito interno. Todos estes termos mostram como os gregos conceberam a necessidade de encontrar um discurso de justificação para suas incursões militares. Ilari (1980:22) descrevendo o mundo antigo faz referências à legitimação do emprego da força. Ela responde a critérios mais pragmáticos que as regulações vigentes nos conflitos armados... Então, segundo Orend (2006:10) na Grécia teve apenas um conjunto débil de ideias políticas e filosóficas e a noção de “guerra justa” somente nascerá em Roma, e adquirirá conteúdo material, mais tarde nos tempos cristãos.

Houve na Grécia (BUIS:2014:28) enfrentamentos bélicos conhecidos: Guerra de Tróia, Guerras Médicas (com justificações

---

<sup>15</sup> MATTOX, J. M. *Saint Augustine and the Theory of Just War*. London y New York: Peter Lang. 2006. Mattox, dentre outros autores, afirma que toda reflexão sobre a Guerra Justa encontra suas raízes em Santo Augustinho e não na Antiguidade.

persas), e a Guerra do Peloponeso (motivações descritas por Tucídides); Mas qual justificativa verdadeira do príncipe para o povo, de que estaria no limite do justo? No mundo grego o vocábulo *causa*, empregado por Tucídides (Guerra do Peloponeso liderada por Atenas e Esparta entre anos 403 - 404 a. C.) denota pluralidade semântica: *aitia* (causa) *pruphasis* (excusa); para Van Wess (2004:33), Tucídides separa mero pretextos e razões declaradas; e Buis, por sua vez, alega que Wess desarticula “essa oposição entre o real e o declarado”, motivado por uma diferença considerável de poder entre Atenas e Esparta.

Em um discurso entre generais atenienses, eles reconhecem norma (*nómos*) amparada por deuses e homens “que consagra a imposição dos mais fortes sobre os mais fracos” (BUIS:2014:31). Os gregos foram os primeiros, na civilização ocidental a recorrer à legitimação concreta dos conflitos armados, com a consagração pragmática das causas que ‘autorizam’ os ataques armados contra os inimigos, que assim eram definidos por eles. Inicia-se na Grécia, o significado de “guerra justa”, considerando que Aristóteles limita a guerra ao contra ataque, em caso de agressão externa, ao se referir à consagração do bem comum da cidade-estado.<sup>16</sup> Não obstante, o *ius ad bellum* (direito de guerra), bem como *ius in bellum*<sup>17</sup> dos gregos avançaram semanticamente pouco, em um *continuum* apologético, com uma mesma linguagem, com um mesmo interesse permanente a ocultar as verdadeiras intenções dos poderosos e fortalecer “desde el *lógos* los fundamentos últimos de su autoridad internacional” (BUIS:2014:50).

Se, se não pode tomar ao pé da letra a historiografia, os textos ficcionais, frente à ausência de discursos teóricos sobre a problemática da guerra no mundo grego, pelo menos, parte-se deste

---

<sup>16</sup> Aristóteles em sua obra “*Política*”, desde o início concebia a cidade-estado (*polis*) como uma comunhão de interesses, sempre que se reivindicasse o bem comum. O homem é um animal político na medida em que participa do bem comum e procura alcançá-lo em benefício de todos.

<sup>17</sup> Cícero em sua tese de guerra justa, fala do *ius ad bellum* e *ius in bello*. Um estabelece os motivos para se recorrer a guerra, o outro como conduzir-se no transcurso da hostilidade, delimitar as partes do conflito v.g. ‘não entrar em combate porque, quem não era soldado não poderia lutar contra o inimigo’.

caráter histórico-literário (ficcional), se possível, para identificar a existência de uma justificação dos comportamentos bélicos no plano da linguagem, assevera Buis. (2014:44).

No mundo romano, como se vê, também, em textos de Marco Túlio Cícero<sup>18</sup>, a guerra justa fundamenta toda conquista do império, sobretudo, na época republicana (509-527 a. C.), a mensagem de Rômulo a um cidadão romano, dirigida a Próculo Julio, toma força, e é considerada verdadeira: “Veja e diga aos romanos que é vontade do céu que minha Roma deva ser cabeça de todo mundo. Que agora cultivem as artes da guerra e façam saber com segurança e que transmitam este conhecimento à posteridade, que nenhum humano poderá resistir às armas romanas.”<sup>19</sup>

Além disso, no decorrer histórico Roma impregna de justificação o sentido diacrônico do binômio ‘guerra justa’, enquanto na Grécia foi mito, representou um ‘relato fundacional das origens da violência, convertendo-se em uma criação discursiva, que mediada pelo religioso e o político consegue transmitir um argumento ou uma posição.’ (BUI:2014:49) O mito é sempre político-religioso, e no contexto das cidades gregas é também jurídico e responde à interpretação do ordenamento. Nas cidades-Estado buscam razão e apoio divino para justificar legitimidade dos atos.

Em Roma, a arte bélica passou do procedimento sacro, segundo Cícero, do ‘*ius fetiale*’<sup>20</sup> (CALORE:2003, 14), para estabelecimento das razões justas, (dois tipos: “rechazo” do inimigo, e vingança ante à traição, fidelidade ao pactuado) e da legítima defesa (mediante injusta

---

<sup>18</sup> Marco Túlio Cícero, político, filósofo, jurista e orador apresenta sua teoria da ‘guerra justa’. Viveu entre 106-43 a. C.

<sup>19</sup> Citado por Tito Lívio *Ab Urbe Condita* (1.16.).

<sup>20</sup> Consistia em que vinte sacerdotes, pertencentes a um *collegium*, (fundação atribuída a Numa Pompílio), que participavam do ato bélico (lançavam simbolicamente uma lança com ponta de ferro ou queimada, manchada de sangue no território inimigo, trinta e três dias antes da *clarigatio rerum repetitio* e do início do enfrentamento, de modo tal, desde aquele momento a guerra estava sancionada pelos deuses e a legalidade). Além disso, Roma enviaria uma embaixada aos inimigos com suas exigências, e aguardaria o cumprimento do prazo. Depois do não cumprimento de suas exigências declararia guerra.

provocação). Segundo Mesquiatti (2014:63), a teoria de Cícero, com a troca das circunstâncias socio-político-militares, se aperfeiçoará e fixará novas características do *ius ad bellum* nos negócios da guerra. Sua aplicação brinca com substrato de legalidade até chegada do Império. Com a necessidade de determinar as razões do combate, se reivindica uma redefinição da legalidade, e nesta fundamentação da justa causa, se desenvolve o pensamento de Cícero de forma flexível e se adapta à realidade histórica da República.

Deve-se acrescentar que Cícero além de distinguir os *ius (ad bellum, e in bello)* propõe estabelecer dois tipos de guerra: as de supremacia e gloria (conduzir com menos dureza que outras), as de superveniência, (resposta de guerra pelo descumprimento do pactado, e a legítima defesa); e estabelecer os diferentes tipos de inimigos (os homens, que negociaram antes de recorrer à força, e as bestas, que inicialmente se lançam às armas). O único fim, de qualquer tipo de guerra será sempre estabelecer a paz (CÍCERO, Off.1.11.34), Cícero desejou viver em uma paz segura.

Como conclui Merquiatti (2014:81)

“La comovisión ciceroniana de la guerra justa<sup>21</sup> permite comprender que la conquista de los pueblos antiguos por parte de Roma superaba la imposición de la fuerza mediante la fundamentación en derecho de sus misiones a través de dos “justas causas”: la legítima defensa y la respuesta por el incumplimiento de lo pactado”.

Os fatores que explicam a criação do império romano foram: a orientação humanitária aos que detinham o mando das operações militares, junto com o “notable talento de los romanos para absorber a otros pueblos”.

E assim, chega-se ao mundo cristão onde a legitimação do emprego da força responde a critérios mais pragmáticos, ainda, que as regulações vigentes em Grécia e Roma nos conflitos armados. Para isso, retoma-se o texto de Erasmo do início, e verifica-se que o autor não justifica a guerra, mais, ele abre a possibilidade da “guerra

---

<sup>21</sup> Referente ao período da República romana.

justa” quando em caso de defesa ao ataque inimigo. Entretanto, na essencialidade, neste texto, está em busca constante da PAZ.

Passa-se, assim, ao exame do binômio no século XX, XXI, onde se presencia a noção reducionista “da guerra justa”: já não consideram semas, como a intervenção em defesa dos ‘inocentes cristãos’ das guerras santas, que definiam estratégias de guerra contra ‘irmãos’, demonstrado por Erasmo, nas ‘reuniões’ dos ‘eleitos’ de Deus, do período cristão. Nelas sobrepunha, pela força, o domínio das ideias cristãs, mesmo contrariando ideal de Cristo: não apregou Ele a paz, independentemente de quem a considerasse? Como impor a ideia de paz através de guerra? santa?

Atualmente, a ONU estabeleceu através do Conselho de Segurança a teoria da segurança coletiva: ante ato de agressão todos os Estados concorrem massivamente em defesa do agredido. O cap. VII, i) ante um ataque armado, os Estados conservam seu “direito imane de legítima defesa” tanto individual como coletiva, pondo fim a toda obrigação de neutralidade, e ii) ante uma “ameaça à paz, quebra da paz ou ato de agressão ” o Conselho de Segurança “poderá exercer, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que seja necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais” (MAISLEY, 2014:133).

Na Carta das Nações Unidas, art. 2 (4) “as partes devem abster-se do uso da força em suas relações internacionais” (norma *ius cogens*), e em outros artigos antibélicos a palavra paz aparece 44 vezes, direitos humanos seis, e desenvolvimento seis. A Paz tem primazia!

A ONU em Carta dos Estados<sup>22</sup> conclui que em duas situações, podem os Estados usarem a força: questão puramente técnica, “ato jurídico”, em legítima defesa (vítimas de ataque armado injusto: a resposta deve ser imediata e proporcional, notificando ao Conselho

---

<sup>22</sup> O art. 51 da Carta ONU “Nenhuma disposição desta Carta menoscará o direito imane de legítima defesa, individual ou coletiva, em caso de ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, basta que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz a segurança internacionais.”

de Seguridade); e que o Conselho conclua que há “ameaça à paz, a quebra da paz, ou ato de agressão.” Da referencia sobre a Guerra Justa x Guerra Injusta, questiona-se na Justiça humana se é crime, ou se a lei descriminaliza a conduta ilícita revestida com a legítima defesa: a vítima ao ser atacada (de forma injusta, atual, ou de imediato) pode defender-se? Ou se continua sendo esta uma problemática político-religiosa apenas?

Buis (2014:46) aclara que entre os gregos ocorria verdadeiras práticas consuetudinárias de direito “*inter poléis*” ou “*intra helênico*”, capazes de regulamentar os comportamentos permitidos entre as comunidades gregas organizadas, e de proscrever as condutas inconvenientes. Isto demonstra “una suerte de ordenamiento normativo superador de los sistemas domésticos (el derecho de cada *pólis*) que *mutatis mutandis*, no se encuentra tan lejos de nuestro Derecho International moderno”. Expressões, como “direito dos gregos” (*nómos tôn Hellénon*), “direito comun”, (*nómos koinós*), “direito de todos os homens”, (*nómos pánton tôn anthrópon*) correspondem ao que no direito romano identificou-se como *ius gentium*. E no direito internacional moderno deve-se evitar ocultar as verdadeiras intencionalidades dos poderosos e fortalecer desde o *lógos* os fundamentos últimos de sua autoridade internacional.

Respondendo, assim, à indagação inicial, após o estudo do texto de Erasmo de Roterdam, da interpretação semântica de linguistas-filósofos, historiadores, literatos gregos, romanos, e atualmente da ONU, poder-se-ia definir Paz: é, então, na linha do tempo, antecedida pela concórdia, pelo perdão, pelo esquecimento de agruras passadas, pela harmonia de sensações. A significação denotativa do termo é a completa serenidade da parte psíquica, espiritual do Ser humano, que influencia seu psicossomático, durante todo o desenvolvimento, desde nascimento até sua morte. Religiosos concluem que ela pode ser continuada no *pos-mortem*, diferentemente, dos materialistas que a delimitam enquanto vida biológica o Ser tenha. Vindo a morte cessa-se tudo, pois que vida não existe mais. Em seu sentido conotativo não há delimitação em sua interpretação; a não ser a contextualizada, portanto, delimitada no

sentido supremo a que o texto permite chegar, segundo semanticistas, a partir de ideias desenvolvidas por Derrida.

A colocação significativa de Paz, hoje mudou, porque a forma de vida se transformou também: Não há mais encontros religiosos como os de antigamente para se decidir as guerras “santas”. (- Será? Não se encontram furtivamente, hoje, os rebeldes muçulmanos? Não decidem guerrear com armas mortíferas, com suicídios horripilantes, em que seres humanos se tornam portadores de suas próprias mortes, fazendo-se explodirem pelos ares? Não atingem apenas a eles deliberadamente, mas a tudo o quê se encontra ao seu entorno: imóveis, pessoas (sejam crianças, mulheres, civil em geral)? Não se baseiam em crença religiosa querendo impor uma religião, que tem por fundamento um Deus único (denominado de Alá, como outros religiosos O designam Deus?). O que mudou foi o meio ambiente: há mais imóveis, houve crescimento da população, poluição dos rios, mares, oceanos, do ar, mas a natureza humana, com devida proporcionalidade continua a mesma. Pufendorf (1991: 168) afirma “os homens devem viver em paz uns com os outros fazendo por vontade própria o que o dever requer; de fato, a paz é em si um estado peculiar ao homem, que o diferencia das bestas”.

Como se viu, o texto do século XVI de Erasmo fala da PAZ! Quais os motivos humanos que conduz à guerra? São justificáveis? Qual lado da guerra estaria com a razão para se reivindicar a guerra justa? Há diferença para Paz, se a Guerra é justa ou não?

Logo, se, se pensar que este sublime texto, já que fala da PAZ, foi escrito por alguém que existiu entre séculos XV e XVI ainda mais caracteriza a-temporalidade do tema. Erasmo nasceu em 27 de outubro de 1466, em Roterdã, Países Baixos, e faleceu em 12 de julho de 1536, em Basileia, Suíça. O texto escrito, presumidamente, ocorreu em 1517. Ele personificou a Natureza, que convida à paz, mas o homem tem fúria ‘de tan tremenda eficacia para el daño que

trás de haberlo roto, disipado, desperdiciado todo, sembró en los humanos pechos tan insaciable furor bélico'.<sup>23</sup>

A Paz, como se procurou destacar atualmente, encontra-se resumida com muita propriedade num discurso, que o então Presidente dos Estados Unidos, Barak Obama<sup>24</sup> fez, em Israel, homenageando Shimon Peres, em seu falecimento em 29 de Setembro de 2016: “A Paz é tarefa inacabada”, considerando que a evolução humana, no ponto em que se encontra é também “obra inacabada”, pois se a humanidade compreendesse a grandeza de vivenciá-la, não mais existiriam guerras, e finalmente os homens poderiam vivê-la em sua plenitude. Tudo isto depois de 500 anos aproximados, do texto de Erasmo..!

Paz é enfim o que todos buscam neste mundo caótico: depois de tantas experiências negativas que a guerra pode trazer, depois de tantos exemplos positivos da paz demonstrados por Cristo, há mais de dois mil anos, e por outros insígnies promotores da união entre os homens como Buda, São Francisco de Assis, Mahatma Gandhi, Luther King, e outros, ainda, os seres humanos não aprenderam o que é PAZ... ou pelo menos concretamente não a buscam. Não obstante, de forma geral, o ser espera ansiosamente por ela, radiante, iluminada, predominante na humanidade toda, a confirmar a indelével assertiva cristã amai-vos uns aos outros... e aprenderei o que é a Paz!

E, então, sobre a dificuldade do homem em concretizar a Paz, um pensamento de Erasmo a definir esta impossibilidade

---

<sup>23</sup> La Naturaleza enseñó la paz y la concordia, con tan seductores atractivos invita a ella, con tantas sogas arrasta, con tantas violências empuya. Y después de todo esto qual es esta Erinnis, esta Furia de tan eficacia para el daño, que tras de haberlo roto, disipado, desperdiciado todo, sembró en los humanos pechos tan insaciable furor bélico... Pues aun en esse reducto (monasterio) irrumpió aquella Erinnis, protótipo de la maldad, y, mediante la discordia de los ánimos, rompe la unidad de quienes están unidos por tantos y tan saborosos vínculos (p. 969 - 972).

<sup>24</sup> Declaração de Barak Obama in Prado, Antônio Carlos. *O SENHOR DA PAZ*, Artigo: in ISTO É Ano 39, n. 2443, 05/10/2016.

“nenhum animal é mais calamitoso do que o homem, pela simples razão de que todos se contentam com os limites da sua natureza, ao passo que apenas o homem se obstina em ultrapassar os limites da sua”... e é por esta razão que não se vivencia a Paz, não importa se ontem, hoje, e quem sabe ainda no futuro! ...

O Papa Francisco, argentino, definiu toda essa circunstância quando declarou em seu discurso, em 09/01/2017: “A paz não é ausência de guerra... o terror é resultado de uma crise espiritual”.<sup>25</sup>

Então PAZ é direito existencial do Homem, embora não expreso, só tacitamente na Constituição como direito fundamental!

## REFERÊNCIAS

BUIS, Emiliano J. **Prólogo.** in CONFORTI, Simon (et al.) dirigido por Emiliano Jeronimo Buis. Justificar la guerra?: Discursos y prácticas en torno del uso de la fuerza y sulicitud en el Derecho Internacional. 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2014, Universidad de Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ **Tras el rapto de Helena:** Causae belli, legítima defensa y el discurso apologético de la guerra en la antiga Grecia.(23-56).

CALORE, A. **Forme giuridique del “bellum iustum”** in Corso di diritto romano, Brescia, Milano: Giuffre Editore. 2003-2004.

ERASMO de Roterdam. **QUERELLA DE LA PAZ, DE CUALESQUIERA.PUEBLOS ECHADA Y DERROTADA,** in Obras Escogidas GERRITZSOON. Aguilar. Madrid, 1964. Texto escrito por volta de 1517. (Museu do Louvre. Paris/França).

JORNAL NACIONAL – Rede Globo, Brasil. 09 de Janeiro de 2017.

MAISLEY, Nahuel: **Las dos caras de la Carta de las Naciones Unidas: entre el realismo y la teoria de la guerra justa,** in CONFORTI, Simon (et al.) dirigido por Emiliano Jeronimo Buis. Justificar la guerra?: Discursos y prácticas en torno del uso de la

---

<sup>25</sup> JORNAL NACIONAL – Rede Globo, Brasil. 09 de Janeiro de 2017.

fuerza y sulicidad en el Derecho Internacional. 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2014, Universidad de Buenos Aires.(p. 123-144).

MESQUIATTI, Carla G. **Roma y la cosmovisión ciceroniana de la guerra justa en época republicana** in CONFORTI, Simon (et al.) dirigido por Emiliano Jeronimo Buis. Justificar la guerra?: Discursos y prácticas en torno del uso de la fuerza y sulicidad en el Derecho Internacional. 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2014, Universidad de Buenos Aires.

MATTOX, J. M. **Saint Augustine and the Theory of Just War**. London y New York: Peter Lang. 2006.

OREND, B. **The Morality of War**, Peterborough: Broadview Press. 2006.

PUFENDORF, S. **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law** Cambridge: University Press. 1991 (1673)

SAINT EXUPÉRY, Antoine de. **Le Petit Prince**. Paris – France: Éditions Gallimard – 1966.

REVISTA ISTO É: Prado, Antonio Carlos. **O SENHOR DA PAZ**, Artigo: in ISTO É Ano 39, n. 2443, 05/10/2016.

# O DIREITO E AS IRRITAÇÕES INDÍGENAS SOB A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Marília Rulli Stefanini<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Este artigo busca apresentar, mesmo que de forma breve, alguns aspectos da Teoria dos Sistemas gizada por Niklas Luhmann, renomado autor acerca do desenvolvimento do estudo social dos sistemas. Assim, este trabalho busca explanar a análise social do sistema jurídico, apontando as peculiaridades do pensamento Luhmanniano quanto ao Direito.

Destarte, para Luhmann, o sistema social global é composto por diversos sistemas parciais, que por sua vez, são interpenetrantes, ou seja, são dotados de estruturas particulares, mas que se influenciam, o que nos permite afirmar que os sistemas não são fechados para o meio, mas com o meio.

Portanto, os sistemas sociais são sistemas independentes a partir do seu código próprio, o qual somente é possível a partir do que se compreende por comunicação e diferenciação. Estas, por sua vez, não deverão ser inspecionadas somente pela linguagem escrita, mas por suas estruturas que permitem aos integrantes do sistema captar o sentido do sistema, no tempo.

Quanto à comunicação do direito, este se mantém a partir da diferenciação existente entre o código direito/não direito. Desta forma, haverá comunicação quando houver irritações do entorno em relação ao sistema do direito, ou seja, a partir das irritações do meio,

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela PUC-SP (2017-2020), Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP (2015), Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (2012- até o presente momento) e Docente nas Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – SP – FUNEC (2015 – até o presente momento). E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

o sistema observa o seu código e conseqüentemente seleciona seus elementos, atualizando suas estruturas, procedendo ou não ao acoplamento decorrente dos 'ruídos' e mantendo a estabilidade, almejando, com isso, reduzir a complexidade.

Posto isso, o presente artigo delimita seu estudo às irritações provenientes dos povos indígenas, que como elementos externos ao sistema do direito, emitem irritações a este, que, por ser aberto cognitivamente, observa suas próprias estruturas e a partir destas, realiza, ou não, o acoplamento estrutural objetivando manter as expectativas e evitar decepções sociais.

Assim, tentar-se-á, nesta pesquisa, traçar certa linha de pensamento tênue entre Teoria dos Sistemas do Direito Luhmanniano e as irritações oriundas dos povos indígenas, e, para tanto, a metodologia pautou-se em pesquisas bibliográficas de alguns autores sobre a temática, a partir do método dedutivo.

Nesta senda, o presente artigo aborda em primeira análise, de forma breve, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sua estrutura autopoietica, para conseqüentemente considerar os acoplamentos estruturais realizados pelo sistema que, por sua vez, buscam manter a estabilidade, reduzindo a complexidade do meio. Neste caso, a complexidade é demonstrada pelas irritações provenientes dos povos indígenas, o que se passa analisar.

## **1. Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**

Considerando que os diversos fatores e fenômenos sociais possam ser explicados por meio da análise sociológica dos mesmos, o autor e pesquisador alemão Niklas Luhmann desenvolveu uma teoria, objeto deste artigo, a fim de fundamentar referida tese, informando aos leitores que o sistema social deve ser entendido por ciência que acopla as irritações sociais, bem como reage a estas com o objetivo de atualizar suas estruturas mantendo a estabilidade, e, conseqüentemente, com isso evoluir.

Referida teoria tem como base a sociedade que descreve a si mesma, considerando-se pós-moderna, ou seja, não é possível que se

considere os fenômenos sociais como um todo, e, por conseguinte, não se pode adotar uma análise meramente pautada na racionalidade constitutiva (metafísica), como propunha Hegel<sup>2</sup>.

No entanto, observa-se que nesta sociedade pós-moderna ocorrem fenômenos de rupturas entre seus elementos constitutivos o que, por sua vez, tornam as estruturas fragilizadas de atualizações diante das irritações geradas pelo meio. Nesse sentido, a Teoria dos Sistemas abordada por Luhmann demonstra-se como uma espécie de alternativa, senão a única, capaz de fortificar referidos componentes com o objetivo de manter a estabilidade social.

Entretanto, o autor não sustenta que a Teoria dos Sistemas não deve dispor e positivar todas as hipóteses de irritações do ambiente ponto por ponto, mas deverá manter um esquema de atualização de seus elementos, por meio dos acoplamentos estruturais, capazes de selecionar as estruturas adequadas com a finalidade de equalizar a estabilidade social. Nesse sentido, dispõe Willis Santiago Guerra Filho:

A teoria de sistemas deve, então, poder tudo explicar (“universalidade), inclusive o próprio teorizar (“reflexividade”), o que faz explicando tudo como sendo *sistema* (“auto-referência”) + o que não é esse sistema: *o meio circundante ou ambiente (Umwelt)*. A “diferenciação sistêmica” entre “sistema” e “ambiente” é o artifício básico empregado pela teoria, diferenciação essa que é trazida “para dentro” do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como “ambiente” dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos *elementos*, ligados por *relações*, formando uma *unidade* (destaques do autor). (GUERRA FILHO, 2009, p. 208)

Nesta senda, cumpre mencionar que, segundo o autor acima citado, bem como Luhmann, a Teoria dos Sistemas pauta-se na

---

<sup>2</sup> Hegel é um pensador extremamente rigoroso, que conhece o dualismo do princípio de incerteza na proporção do subjetivo, frente à legalidade geral que parece governar a estrutura em grande escala do mundo. Para tornar compatível a transição de uma posição à outra, Hegel considera que aquele que age deve submeter a consciência a um tratamento ultraterapêutico de fenomenologia de saber absoluto. Hegel reproduz, enfim, o conceito clássico da metafísica, que funde o agir ao conhecer, sob o pressuposto de que o mundo está determinado pela razão. (LUHMANN, 2011, p. 17)

diferenciação decorrente da observação entre sistema e ambiente, sendo que o sistema, a partir desta diferenciação, deverá permitir que seus elementos sejam atualizados, gerando o acoplamento das estruturas a partir das irritações provenientes a partir do entorno. Assim, pode-se afirmar que o sistema atualiza-se a partir de si, e não a partir do ambiente. Entretanto, este promove irritações naquele forçando-o a atualizar-se para manter a estabilidade.

Importante frisar que, ainda segundo Guerra Filho, os sistemas ora podem ser observados como sistema, ora como meio, já que ocorre interdependência entre os sistemas parciais a fim de realizarem o acoplamento estrutural, ou seja, o sistema não é fechado para o meio, mas é fechado com o meio. Assim, compreende-se que a partir da análise do observador, tem-se o sistema como centro e seu entorno como periferia, e vice-versa.

Desta feita, a sociologia deve manter um esforço contínuo e contingente de busca esclarecedora das formas como a sociedade se reproduz na modalidade contínua, ou seja, realizar auto-observação decorrente das relações sociais.

Segundo os dizeres de Niklas Luhmann, a base da análise social deve pautar-se na comunicação, já que esta é a única operação que torna possível a observação da sociedade como sistema autônomo, senão vejamos: “A comunicação, em seu sentido mais abstrato e geral, é uma observação, na medida em que efetua a diferença. Portanto, o maior nível de abstração em que ela pode ser colocada é a operação da observação. (LUHMANN, 2011, p. 19)

A partir do que se compreende por comunicação como sendo a operação capaz de gerar a evolução e estabilidade do sistema social, o presente estudo foca seu objeto na análise do sistema do direito a partir das irritações do meio com o intuito daquele produzir justiça. Todavia, delimitam-se, neste artigo, as irritações provenientes das demandas indígenas de proteção jurídica, o que pleiteia do direito seleção/atualização e acoplamento de suas estruturas para que se produza justiça e tutelem os direitos inerentes aos povos indígenas.

Para que se compreenda como isso pode influenciar na construção e manutenção da estabilidade das sociedades,

especialmente em relação aos povos indígenas, é preciso compreender a Teoria dos Sistemas autopoieticos, concebendo a ideia de um sistema social fechado (e não autista/isolado), que se orienta e estrutura por si mesmo a partir de irritações do ambiente periférico. Assim sendo, adiante se abordará a autopoiesis mais enfaticamente, ponderando-se acerca do fechamento operativo do sistema.

### 1.1 O Sistema Autopoietico

Imperiosa é a abordagem da teoria do sistema autopoietico a partir da análise Luhmanniana, vez que a mesma configura ruptura de paradigmas e paradoxos até então apresentados, concebendo transição e inovação em relação às Teorias dos Sistemas até então apresentadas, tal como aquela sustentada Talcott Parsons<sup>3</sup>.

O conceito inicial de autopoiesis decorre de análises biológicas desenvolvidas pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, os quais possuíam como intuito a caracterização da auto-reprodução dos organismos vivos diante das irritações, ou seja, o próprio sistema, por exemplo, imunológico cria anticorpos para combater desordens em seu interior. (GUERRA FILHO, 2009)

Luhmann, no entanto, ao abordar a autopoiesis do sistema discorre incisivamente sobre o fechamento operativo do mesmo, afirmando que um sistema autopoietico é aquele capaz de

---

<sup>3</sup> Talcott Parsons, no livro *Social System* (1951), tentou encontrar uma resposta que definisse a sociologia: a pesquisa sociológica deve contar com um marco de referência claramente determinado. Na sociologia, não é possível uma teoria global, ao estilo de Newton, que considere todas as variáveis com todas as suas interdependências. No âmbito sociológico, segundo Parsons, não existe um objeto equivalente nem ao das ciências naturais, nem ao das disciplinas estatísticas. Parsons qualificou o *funcionalismo estrutural* como a segunda melhor teoria (depois da de Newton) já que tomava como ponto de partida a existência de fato de determinadas estruturas nos sistemas sociais, a partir das quais seria possível perguntar quais funções seriam necessárias para sua preservação e manutenção (destaques do autor). (LUHMANN, 2011, p. 36-37)

estabelecer a diferença a partir do próprio sistema, fixando seus limites, pautando-se em operações exclusivas.

Assim, por fechamento operativo não se deve entender o isolamento do sistema e sua auto-suficiência, ou seja:

Poder-se-ia ter a impressão de que esse elemento teórico é um retorno à antiga tese dos sistemas fechados; isto é, uma volta à questão da entropia. Na realidade, este não é o caso, já que o preceito do encerramento operacional cabe distinguir entre operação e causalidade. Por encerramento não se entende isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional; ou seja, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema. (LUHMANN, 2011, p. 103)

Posto isso, compreende-se que o sistema deve depender de sua própria estruturação, havendo possibilidade de suas estruturas se atualizarem a partir, exclusivamente, das operações constantes no próprio sistema. Entretanto, isso não deve ser interpretado como o autismo/isolamento do sistema, já que este sofre irritações do ambiente, porém, não é o meio que desenvolve e permite transformações das estruturas, vez que, estas se constroem somente por meio do próprio sistema, não existindo possibilidade de haver importações de estruturas, e a este fenômeno se dá o título de autopoiesis sistêmica.

Em decorrência da compreensão de que as operações decorrem, somente, do próprio sistema e que apenas se atualizam porque elas mesmas indicam a atualização necessária, é preciso compreender que o direito é considerado um dos sistemas parciais da sociedade, o qual busca promover a justiça e produzir validade entre os povos.

A partir da consideração do direito como sistema, e da compreensão de sua forma autopoietica, significante se torna a análise das irritações deste sistema provocadas pelo ambiente, as quais geram a atualização e acoplamento de suas estruturas (a partir e somente pelas estruturas do sistema do direito) a fim da promoção da estabilidade social.

O presente artigo delimita sua pesquisa em relação às irritações oriundas dos povos indígenas, que, por sua vez, proporcionam ao

direito constante mutação e atualização de estruturas, a partir de si, para manter a estabilidade e culminar com a redução da complexidade, mantendo as expectativas, e, assim, referidas atualizações se dão por meio do acoplamento estrutural. Assunto este que será abordado no próximo tópico deste trabalho.

## 1.2 O Acoplamento Estrutural

Posteriormente à compreensão da autopoiesis dos sistemas, outro assunto de importante cognição do leitor, para a análise das irritações indígenas no sistema do direito, reside no acoplamento estrutural que é próprio dos sistemas Luhmanniano, pois é imperioso observar a relação entre sistema e ambiente, pois, conforme explanado acima, o sistema é fechado com o meio, e não para o meio.

Em relação às alterações do sistema é preciso observar sua relação com o meio, pois não existe evolução do sistema somente a partir do sistema, ou seja, o ambiente provoca o estímulo ao sistema para que este evolua a partir de si (de modo autopoietico).

Nessa ótica Luhmann informa:

O conceito de acoplamento estrutural especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir causalmente em um sistema no plano da destruição, e não do sentido de seus estados internos. (LUHMANN, 2011, p. 130)

Apreende-se da citação acima que a relação do meio com o sistema situa-se apenas no acoplamento estrutural, devendo prevalecer a ideia de autopoiesis do sistema, ou seja, o meio não é capaz de definir a alteração do sistema, porém, o ambiente atua como agente irritador do sistema, que provoca neste, se o sistema entender necessário, a re-organização de suas estruturas.

Posto isso, qualquer mudança nas estruturas do sistema tem de acontecer em consequência das operações internas do próprio sistema, ou seja, o meio poderá perturbar o sistema que, conforme

sua estrutura perceberá essa perturbação e modificará dentro da sua própria autopoiesis, as estruturas do sistema por meio do acoplamento estrutural.

A complexidade do sistema deve ser observada quando o mesmo não é capaz de responder aos seus elementos, tampouco às possibilidades de realização dos mesmos. Nesta senda, todo ambiente, por sua essência, proporciona ao sistema diversas possibilidades, o que, por sua vez, gera ao sistema a seleção de algumas destas possibilidades, que para este possuem sentido, a fim de promover a redução de complexidade.

Nessa ótica, toda alteração ou evolução do sistema, que seja o do direito, deverá pautar-se, exclusivamente, na autopoiesis, importando dizer isso que as alterações das estruturas do sistema têm de acontecer somente em decorrência das operações internas do mesmo.

Não há determinação das estruturas de fora do sistema. Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) no sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se da constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais. (LUHMANN, 2011, p. 136-137)

Diante de todo o exposto até aqui, inclusive na citação acima, pode-se afirmar que o acoplamento estrutural proporciona a troca de informações, por meio da comunicação, entre os sistemas, gerando irritação, o que culmina com o reflexo na complexidade do sistema social, e conseqüentemente do direito.

Desta feita, o acoplamento estrutural deve ser observado pelo flanco da seleção e restrição de estruturas do próprio sistema para e pela autopoiesis, sobremaneira que apenas o sistema permite referida alteração. Assim, o sistema seleciona, a partir do sentido, as irritações que irão provocar alterações no sistema, todavia, referidas alterações são determinadas pelo próprio sistema, e não pelo ambiente, ou seja, embora o ambiente provoque irritações, estas

somente ocorrerão se o próprio sistema as permitir, podendo, o sistema, rejeitá-las ou acatá-las por meio do acoplamento estrutural.

Consequentemente, os sistemas parciais são sensíveis às resoluções das irritações provenientes do ambiente, porém, referidas irritações atingirão o sistema se este as julgarem necessárias a ele mesmo, e isso permite afirmar que os sistemas são operacionalmente fechados e estruturalmente acoplados.

Por fim, urge ponderar que em decorrência da proposição do presente artigo, a partir das análises acima gizadas, passa-se à análise do sistema do direito como sistema parcial da sociedade, o qual é considerado autopoietico e realizador de acoplamentos estruturais. Novamente, ressalta-se que as irritações, objeto desta pesquisa, que permitirão ao sistema do direito realizar ou não o acoplamento estrutural, pautar-se-ão naquelas 'fricções' decorrentes dos povos indígenas. Conforme se observará a seguir.

## **2 O Sistema Autopoietico do Direito**

Em relação à teoria desenvolvida por Niklas Luhmann a respeito dos sistemas, importante se faz frisar que a sociedade é composta por sistemas parciais pautados na comunicação, sendo o direito considerado um desses sistemas interligados ao sistema social global.

A priori, é preciso considerar que a evolução do direito não deverá pautar-se, exclusivamente, aos preceitos jurídicos, posto que a análise e redução da complexidade sistêmica deverão observar áreas correlatas ao direito, vez que, os sistemas sociais são compostos de sistemas parciais interligados. Assim, para Luhmann, ao se estudar o sistema do direito, impossível descartar a influência, por exemplo, da sociologia nas reflexões acerca dos sistemas e suas particularidades.

Posto isso, compreende-se que a evolução do direito se dá a partir das mudanças e adaptações entre variação e seleção. Assim, a evolução do sistema precisa levar em consideração a diferença e a adaptação entre sistema e ambiente. No entanto, não é o ambiente

que determina o sistema, mas influencia nele, ou seja, reitera-se que o sistema do direito não está fechado para o ambiente, mas com o ambiente.

Assim, o sistema efetua seleção e isso é resultado de sua força operativa em relação ao meio, sendo a autopoiesis o fio condutor da evolução dos sistemas, pois com ela se consegue realizar mudanças nas estruturas e garantir a estabilidade do mesmo.

Nesse sentido, o fechamento operativo do direito não impede sua evolução, ao contrário, ele permite a evolução do próprio sistema a partir de si mesmo, onde o direito estabelece a observação de segunda ordem e se recria a partir da diferenciação binária direito/não direito.

A diferenciação de cada sistema parcial se dá a partir do código comunicacional desenvolvido pelo próprio sistema a partir de suas estruturas, demonstrando uma realidade que lhe é peculiar. Assim, a instituição de um código binário permite que o sistema se diferencie dos demais a partir do seu fechamento operacional, e mediante esta diferenciação, constituir a unidade do sistema.

Por meio código direito/não direito há possibilidade e facilidade da recursividade do sistema, permitindo sua diferenciação em relação ao ambiente. Posto isso, sustenta-se que referido código permite ao sistema, além de sua diferenciação quanto ao meio, que opere a partir de suas próprias estruturas. Desta feita, ao se analisar o código de sistema jurídico, não basta pensar o 'direito', é preciso, também, estudar o 'não direito' que o compõe, para que se compreenda a unidade do mesmo.

Sustentando o acima explanado, Guerra Filho explicita:

O sistema jurídico, enquanto autopoietico, é fechado, logo, demarca seu próprio limite, autoreferencialmente, na complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (=validade) e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre seus elementos, acontecem. No processo evolucionário de diferenciação e reprodução do Direito, a teorização sobre o sistema, i.e., sua estrutura cognitiva, é introduzida no sistema, conferindo-lhe a capacidade de auto-

observar-se e, com isso, seu caráter autopoietico, pois é pela auto-observação que controla operações de auto-produção. (GUERRA FILHO, 2009, p. 215)

Em relação ao que foi citado, compreende-se que o sistema do direito, por meio do seu código próprio de diferenciação em relação ao meio, aparece como sistema parcial interligado ao sistema social global, ao passo que possui função de reduzir a complexidade do ambiente, tentando absorver os comportamentos sociais, permitindo a realização da congruência entre os possíveis comportamentos dos sujeitos, generalizando as expectativas, objetivando, assim, manter a estabilidade social, e, conseqüentemente, evitando as decepções sistêmicas.

Nesse sentido, o sistema do direito deve ser compreendido, assim como todos os sistemas autopoieticos, como um sistema fechado em relação às operações, mas isso não importa dizer que mesmo permanece totalmente fechado em relação ao meio, vez que, nenhum sistema pode fundamentar a si mesmo sem a presença de contradições permitidas pelo entorno. Sendo assim, a validade do direito pauta-se em sua autopoiesis contínua e incessante.

Destarte, cumpre mencionar que a evolução do direito dá-se paralelamente aos fatores sociais do ambiente, o que decorre do anteriormente mencionado acoplamento estrutural, ou seja, o direito evolui na medida em que almeja a construção, atualização e fortificação de estruturas próprias, a partir de si mesmo, e não do meio.

Puede quedar en pie la tesis de que el derecho evoluciona a partir de sí mismo y que el entorno social le aporta impulsos casuales que son los que provocan las variaciones y selecciones eventualmente innovadoras. la repuesta del sistema al entorno se muestra a través de institutos jurídicos especiales: por ejemplo, la sensibilidad registrada por el derecho penal, o en las formas del derecho civil que dan cauce a las demandas; o, paralelo al desarrollo del Estado territorial moderno, la creación del derecho público (que al principio casi no se podía diferenciar del derecho civil y del derecho constitucional moderno. (LUHMMAN, 2005, p. 343)

Diante disso, a evolução do direito deve se apoiar na interpretação do próprio direito/não direito e nas irritações que aquele sofre, promovendo a atualização de suas estruturas, buscando, com isso, a estabilidade do sistema. Nesse sentido, reitera-se que o direito evolui a partir de si mesmo e o meio social lhe aponta os impulsos causais que são os que provocam as variações e seleções eventualmente inovadoras.

Quanto aos impulsos ou irritações provenientes do meio, estes aparecem como causalidades que afetam os sistemas já evoluídos, os quais aproveitam para alterar (ou não) as estruturas em busca de desenvolvimento dirigido. Isso permite aferir que o direito deve ser compreendido como sistema operativamente fechado, mas que para evoluir/manter a estabilidade analisa as irritações provenientes do meio, para então selecionar suas estruturas e realizar o acoplamento estrutural. É oportuno, novamente, mencionar que esta operação somente ocorre a partir do direito e não do meio, pois se assim não fosse, impossível compreendê-lo como sistema autopoietico, segundo a teoria de Niklas Luhmann.

Portanto, inegável é que o direito se desenvolve e mantém como espécie de selecionador de expectativas em relação aos comportamentos sociais, almejando com isso a redução da complexidade em relação ao meio. Por conseguinte, a atualização do direito pelo próprio direito somente é possível em decorrência da 'autorreferencialidade' dos elementos, o que permite reafirmar ser o sistema jurídico fechado normativamente (estruturalmente), porém, aberto cognitivamente. Assim sendo, a comunicação jurídica se dá por efeito das expectativas contrárias às realidades fáticas, ou seja, frustrações.

Pactuando deste entendimento, Willis S. Guerra Filho discorre:

No sistema econômico, então, circula moeda através de pagamentos. O sistema da ciência, analogamente, como mostra Stichweh, veicula conhecimento através de publicações do resultado de pesquisas. No sistema jurídico, por seu turno, transmite-se a regulamentação de conduta, garantindo expectativas de comportamentos, através de aplicações das normas do sistema, feitas por juízes ao decidirem lides, por particulares ao fazerem um contrato, pelos legisladores ao elaborarem novas leis etc.

Fazer a aplicação do Direito pressupõe uma compreensão dele, assim como a publicação científica pressupõe a pesquisa. A compreensão de regras do Direito, porém, pressupõe que se imagine sua aplicação e possíveis resultados dela, tendo em vista o sistema jurídico como um todo. É nessa circularidade auto-referencial, reflexiva, que o Direito, de forma recursiva, vai-se autoproduzindo, continuamente, enquanto sistema autopoietico. (GUERRA FILHO, 2009, p. 222)

Vê-se que o sistema do Direito organiza condutas em seu esquema de código a partir da diferenciação, e com isso, transmite aos elementos sociais sua comunicação, ou seja, o aparelhamento das condutas pautadas na contenção das expectativas. De tal modo, referido sistema precisa ser compreendido a partir de suas estruturas aplicadas e as consequências destas aplicações.

Na mesma ótica, Luhmann em sua obra 'El Derecho de la Sociedad', propõe a análise do Direito não como um sistema apartado da sociedade, mas sim interpenetrante, ou seja, há circularidade de irritações nos sistemas e no que pode ser observado como meio.

A evolução do Direito, não apenas em relação ao formalismo superado por Luhmann (ele não nega ao formalismo, mas vai além deste), deverá evocar a própria análise das estruturas a partir de si, no entanto, oriundas de provocações emitidas pelo entorno (meio). Assim, diante de uma perturbação do ambiente, o sistema deverá se auto-observar e filtrar se as mesmas deverão ser processadas ou não por ele, a fim de manter a estabilidade.

Esta regla exige que se considere el derecho como sistema, como totalidad de soluciones aplicadas de manera consistente y que se seleccione una para el problema existentes; que en la interpretación de la ley se suponga que el legislador quería proceder de una cierta manera y que, en el caso de que no se pudiera encontrar ninguna regla, el juez introduza una que sea adecuada al caso y que se pueda generalizar. em este sentido, el derecho vigente se impulsa a sí mismo hacia la inovación, pera también a conservar la estabilidad = consistência = justicia. Em todo caso, la evolución del derecho que precede de esta manera, no se puede aprehender como ciega ni como intencional y mucho menos como reacción de punto-por-punto a los impulsos exteriores. La evolución opera circularmente ante los impulsos externos: en parte, responde

con variación; en parte, reacciona con estabilidad para volver a impulsar las innovaciones. (LUHMANN, 2005, p. 339)

Desta forma, pode-se compreender que o sistema parcial do direito se mantém estável e reduz a complexidade a partir de si mesmo, no entanto, ao sofrer irritações do meio periférico reagirá procedendo, ou não, ao explanados acoplamentos estruturais.

Por fim, quanto a estas irritações do meio, abordar-se-ão no presente artigo somente aquelas decorrentes dos povos indígenas, que por sua vez, irritam o sistema do direito para que este atenda às expectativas e reduzindo a complexidade por meio do acoplamento estrutural.

### **3 Irritações Provenientes dos Povos Indígenas**

Segundo 'Enciclopédia Mirador Internacional', cultura pode ser definida como: "Noção chave para as ciências sociais. Em virtude de sua importância conceitual, o lugar que ocupa nas ciências do homem é similar ao papel que as noções de evolução e gravidade desempenham na biologia e na física, respectivamente." (ENCICLOPEDIA MIRADOR, 1975, Vol. 10, p. 3107)

Seguindo essa linha de pensamento, podem-se compreender os povos indígenas como detentores de cultura própria demandam do direito tutela específica. Nesse sentido, concebe-se a ideia do indígena como irritação externa ao sistema jurídico, mas pertencente ao global social.

Em relação à comunicação outrora mencionada neste trabalho, Luhmann enfatiza que a mesma não se dá apenas em modalidade linguística, mas sim em verdadeira operação social que decorre da interação entre os participantes do sistema (não necessariamente os sujeitos, mas, inclusive, o próprio sistema e o ambiente).

Ao se ponderar acerca da sociedade, visão global, afirma-se que a mesma é composta por sistemas circulares (parciais) interdependentes, mas que se diferenciam pela operação que realizam em relação ao ambiente, sendo que o autor expõe alguns

sistemas parciais que interligados compõem o sistema social, sendo eles: economia, política, direito etc.

Imperioso frisar que, para Luhmann, o sistema social não deve ser observado sob o flanco da linearidade, mas sim da circularidade e interdependência entre os sistemas parciais, por isso, critica em suas obras o conceito de evolução do sistema como sinônimo de progresso, já que, nem sempre que se evolui obtém-se progresso. (LUHMANN, 2011)

Por conseguinte, ao se abordar os povos indígenas como irritações ao sistema jurídico, importante se faz o entendimento de quais sujeitos podem ser considerados índios, e nesse sentido:

Nosso objetivo político e teórico, como antropólogos, era estabelecer definitivamente – não o conseguimos; mas acho que um dia vamos chegar lá – que índio não é uma questão de cocar de pena, urucum e arco e flecha, algo de aparente e evidente nesse sentido estereotipificante, mas sim uma questão de “estado de espírito”. Um modo de ser e não um modo de aparecer. Na verdade, algo mais (ou menos) que um modo de ser: a indianidade designava para nós um certo modo de devir, algo essencialmente invisível mas nem por isso menos eficaz: um movimento infinitesimal incessante de diferenciação, não um estado massivo de “diferença” anteriorizada e estabilizada, isto é, uma identidade. (Um dia seria bom os antropólogos pararem de chamar identidade de diferença e vice-versa.) A nossa luta, portanto, era conceitual : nosso problema era fazer com que o “ainda” do juízo de senso comum “esse pessoal ainda é índio” (ou “não é mais”) não significasse um estado transitório ou uma etapa a ser vencida. A idéia é a de que os índios “ainda” não tinham sido vencidos, nem jamais o seriam. Eles jamais acabar(í)am de ser índios, “ainda que”... Ou justamente porquê. Em suma, a idéia era que “índio” não podia ser visto como uma etapa na marcha ascensional até o invejável estado de “branco” ou “civilizado” (CASTRO, 2006, s/p)

A partir da citação acima, pode-se dizer que a determinação do sujeito indígena se dá a partir da consciência do mesmo em ser indígena, bem como do reconhecimento dos membros do grupo étnico a qual pertence, ou seja, segundo a antropologia, não se identifica a partir de condutas ou legislação, mas se adota o critério da autodeterminação pessoal e étnica.

Posto isso, ressalta-se que os povos indígenas possuem cultura própria, não existindo estabilidade do sistema social em respaldá-lo juridicamente a partir das mesmas normas aplicáveis aos povos não indígenas (normas gerais), vez que, a própria Constituição Federal de 1988 em seu Art. 231 assegura aos indígenas o exercício e proteção à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Diante disso, as irritações e demandas indígenas em relação ao direito deverão ser acopladas ao sistema jurídico para que o sistema, social global e do direito, mantenham suas estabilidades. Entretanto, referidos acoplamentos estruturais serão realizados diante do que o direito possui como estruturas, e não a partir do meio.

Frisa-se que a noção de igualdade normativa (formal e material) não deverá ocorrer em relação aos povos indígenas de forma geral e abstrata, vez que as irritações provenientes dos mesmos deverão ser acopladas ao universo do direito a partir daquilo que este sistema compreende como tratamento diferenciado para que a concretização dos direitos indigenistas mantenha a estabilidade do sistema do direito e consequentemente social global.

Assim, referidas formas de organizações sociais, geradoras de movimentos que irritam ao sistema jurídico, precisam ser compreendidas como espécies *sui generis* e particularizadas que, por sua vez, compõem o sistema social global.

Por fim, cumpre mencionar que o sistema do direito opera a partir da redução da complexidade e estabilização das expectativas, não permanecendo, estritamente, no formalismo defendido por outros autores, mas indo além dele, ou seja, o sistema do direito deverá reduzir a complexidade a partir de suas estruturas que, por sua vez, não deverão delimitar-se ao universo positivo jurídico científico mas sim buscar a obtenção da justiça, a qual, segundo Luhmann, apenas será atingida quando o sistema jurídico for fechado estruturalmente, mas aberto cognitivamente em relação ao meio, neste caso, o meio indigenista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do direito, especialmente, permite observá-lo como área social de abordagem própria, o que possibilita ao autor afirmar categoricamente que o mesmo é considerado sistema fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente, o que, por sua vez, demonstra o pilar de sustentação da Teoria Luhmanniana social global: a comunicação.

Nesse sentido, a sociedade, para Luhmann reconhecida como sistema social, sendo que a mesma se organiza e se realiza pelo conjunto de comunicação existente em seu seio elementar, e em decorrência desta análise, vislumbra-se que o direito é considerado um sistema parcial pertencente ao sistema social geral, uma vez que o mesmo é titular de processos comunicativos próprios, dotados de estruturas e elementos peculiares que o permitem organizar-se por si mesmo.

Assim sendo, se existirem irritações não processadas pelo direito por serem carecedoras de sentido no tempo observado, o sistema jurídico simplesmente as rejeita, não realizando o acoplamento estrutural acima mencionado. Todavia, diante da abertura cognitiva do sistema, o direito é interpenetrado pelos demais sistemas parciais (que geram o todo social), o que poderá ocasionar irritações em sua estrutura.

Referidas irritações permitem ao direito que as analise a partir de seu próprio código, o que, por conseguinte, poderá ensejar ao mesmo, reações que alterem as estruturas por meio de acoplamentos estruturais, ou, simplesmente, as ignorem por que não são dotadas de sentido para o sistema, mantendo assim a manutenção das expectativas por meio da redução da complexidade.

O fechamento operacional do sistema do direito se dá por meio do código direito/não direito, que o diferencia dos demais sistemas sociais, já que o mesmo é configurado por sua forma única de existência.

A partir disso, compreende-se que o direito não pode ser analisado como um sistema isolado/autista, mas que possui estruturas próprias que não podem, jamais, ser definidas e alteradas pelo meio, mas apenas pelo próprio direito. Entretanto, há abertura cognitiva do próprio sistema, o que permite ao mesmo sofrer irritações do ambiente, e a partir de suas estruturas (do direito) realizar, ou não, os acoplamentos estruturais com o intuito de manter a estabilidade, mantendo as expectativas e evitando frustrações.

Em decorrência de tal pensamento, o presente artigo focou sua ótica de estudo nas irritações oriundas dos povos indígenas, os quais, por sua vez, são considerados elementos externos ao direito, ou seja, não fazem parte do direito em si, mas podem irritá-lo diante da abertura cognitiva daquele.

Neste diapasão, importa ressaltar que as irritações dos povos indigenistas, que por sua vez são detentores de cultura própria e peculiar (conforme abordado anteriormente), provocam perturbações no sistema (não configurando sistema parcial), e em consequência dessas 'fricções' o direito poderá reagir ou não, operando o acoplamento estrutural, garantindo as expectativas, e consequentemente mantendo a estabilidade do sistema como um todo.

Por fim, importante mencionar que o aspecto 'termostático' do sistema do direito deverá operar a partir das análises não puramente formalistas do sistema, mas sim em decorrência da abordagem circular de outras ciências, tais como a sociologia e antropologia, para que, no caso desta pesquisa com foco nos indígenas, os sujeitos (elementos do meio social e não do sistema do direito) obtenham do direito a auto-organização pautada na produção da validade jurídica, que por sua vez, compreende também, a aclamada justiça social.

## REFERÊNCIAS

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é.** 2006. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org>>

org/files/file/PIB\_institucional/No\_Brasil\_todo\_mundo\_%C3%A9\_%C3%A9ndio.pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2017.

**Enciclopédia Mirador Internacional.** vol. 10. Editora: Encyclopaedia Britannica do Brasil. Rio de Janeiro, 1975.

GUERRA FILHO, Willis. **Teoria da Ciência Jurídica.** São Paulo, editora Saraiva. 2ª edição. 2009.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad.** México, Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução à teoria dos sistemas.** 3. edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.



# NOTAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Mário Lúcio Garcez Calil<sup>1</sup>

Carlos Malta Leite<sup>2</sup>

Lafayette Pozzoli<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escrito, em regime de cooperação, com os estudos realizados no decorrer das atividades do Grupo de Pesquisa intitulado "Direito e fraternidade", vinculado à linha de pesquisa "Construção do Saber Jurídico", do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

Há muito tempo, a soberania é um dos elementos essenciais do conceito de Estado, representando, em uma construção simplista, a

---

<sup>1</sup> Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. <mario.calil@yahoo.com.br>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. <carlosmaltaleite@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Pós-doutorado em Direito pela *La Sapienza - Università degli Studi di Roma*. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Secretário Geral do Instituto Jacques Maritain do Brasil (IJMB). Líder do Grupo de Pesquisa "Direito e fraternidade" junto ao programa de Mestrado do UNIVEM. <lafayette@univem.edu.br>

supremacia na ordem jurídica interna e a independência na ordem jurídica internacional. Ocorre que a relativização da soberania ganhou matizes específicos nos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Nesse mesmo sentido, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de soberania vem sendo relativizado, notadamente em decorrência da formação de novas “comunidades internacionais”, às quais os países adentram voluntariamente, na busca por cooperação mútua.

A partir do momento no qual os países passaram a aceitar a existência e a autovinculação a direitos inerentes à própria condição humana, permite-se, voluntariamente, intervenções de outros países e de organizações internacionais voltadas a preservar, defender ou até mesmo a implementar os Direitos Humanos.

Mais do que isso, vários países ao redor do mundo, a exemplo do Brasil, submetem-se voluntariamente ao jugo de tribunais internacionais, sujeitando-se, inclusive, a serem condenados por ações ou omissões, apesar da “independência” no âmbito internacional pressuposta pelo conceito clássico de soberania.

O objetivo do presente trabalho é estudar o conceito de soberania, a partir da Teoria do Direito e do Estado, e o processo de sua relativização pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. O trabalho será desenvolvido por intermédio de pesquisa bibliográfica, especialmente na doutrina internacionalista e na Teoria Geral do Estado e do Direito.

Na primeira, será estudado o próprio conceito de “soberania”, a partir da Teoria do Estado e do Direito. Na segunda parte será trabalhado o processo de relativização da soberania pelo Direito Internacional. Na terceira e derradeira parte será especificamente analisado o atual processo de relativização da soberania pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os três pontos serão submetidos a um confronto com a efetividade do direito e sua função promocional da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho justifica-se, tendo em vista a necessidade do estudo acerca das modificações em um conceito tão relevante

quanto a soberania estatal, bem como o fato de ser imperiosa a concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos internos.

## **1. Do conceito de soberania na Teoria do Estado e do Direito**

Antes de adentrar à questão específica da relativização da soberania, faz-se necessário conceituá-la e contextualizá-la em relação à problemática ora tratada. Para tanto, indispensável iniciar pelo próprio conceito de “Estado”, na teoria do Estado e na teoria do Direito.

O Estado é a “[...] forma histórica” de um ordenamento jurídico com, basicamente, dois elementos constitutivos: territorialidade (a existência de um território concebido como “espaço da soberania estadual”); e população (a existência de um “povo” ou comunidade historicamente definida)” (CANOTILHO, 1993, p. 14).

Trata-se, portanto, de um conceito histórico e que, portanto, se constrói com o passar do tempo. Ocorre que, além desses dois elementos, as relações entre os Estados fizeram com que surgisse outro componente, que acabou por tornar-se um composto essencial do próprio conceito de Estado, qual seja, a soberania.

Soberania é “[...] o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento” e “[...] a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional”, todos ao mesmo tempo. (REALE, 2000, p. 139).

Trata-se, nesse diapasão, de um conceito em incessante construção no decorrer da história política de um povo. Diante dessa evolução a soberania passou a afetar todos os outros elementos do conceito de Estado, como o “território” e o “povo” (HABERMAS, 2001, p. 81).

O território estatal circunscreve o âmbito de validade de uma ordem jurídica e define a nacionalidade. Dentro dessas fronteiras constituem-se: o povo como “sujeito potencial de uma

autolegislação de cidadãos reunidos democraticamente”; e a sociedade, como “[...] objeto potencial da sua ação”. (HABERMAS, 2001, p. 81).

Desse princípio resulta a separação das relações internacionais da soberania nacional e das políticas advindas do exterior com as internas: “A soberania do Estado fundamenta-se externamente, diante dos demais sujeitos do direito internacional, a partir do direito ao reconhecimento recíproco da integridade das fronteiras estatais”. (HABERMAS, 2001, p. 82).

A soberania nacional é um fator de reconhecimento de um Estado na ordem internacional de importância tão grande quanto o seu território e o seu povo. Trata-se de um fator de reconhecimento do poder do povo no que concerne à sua identidade diante de uma ordem mundial.

A soberania nacional, contudo, pertence ao povo, e este pode outorgá-la a um governo ou dirigente, retomando-a quando houver abuso em tal delegação. No Direito Internacional Público, a soberania era percebida pela analogia: “homens livres - Estados livres” (NOHMI, 2006, p. 10).

Nesse diapasão, fica evidente que a “entronização” da soberania como elemento fundamental do conceito de Estado contamina a própria estrutura do Direito dos ordenamentos jurídicos internos, especialmente no que tange às suas relações jurídicas com outras “soberanias”.

Estado e soberania, *in concreto*, são sinônimos: “[...] a soberania é o que dá o ser ao Estado”. É uma potência absoluta, perfeita e inteira em todos os pontos, uma *plenitudo potestatis*. Não tem um “grau de superioridade”, pois é suprema, “sem limitação de tempo”. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 150).

A existência de uma soberania faz com que a ordem jurídica interna de um Estado seja absoluta dentro dos limites de seu território. Determina que o poder do Estado predomina no que se relaciona às leis e ordens editadas para as pessoas em seu território e as sociedades formadas por essas pessoas não pode ter poder

limitado por nenhum outro poder: “[...] é a *summa potestas*, a potestade”. (AZAMBUJA, 2008, p. 50).

Trata-se, assim, da supremacia interna da autoridade estatal em relação aos cidadãos de um país. Ocorre que, além da referida “supremacia” interna, a “essencialidade” da soberania, no que concerne ao conceito de Estado, estende-se até mesmo às relações entre os países.

A soberania é o caráter supremo do poder estatal, que se traduz pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira (a não ser por via de consentimento), e pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer outros grupos ou pessoas dentro de seu território. (LAFER, 1978, p. 161).

Trata-se, contudo, a soberania, de um conceito extremamente complexo e amplo, dotado de várias características que demonstram ser, na realidade, requisitos para a sua própria existência. É algo uno, indivisível, inalienável e imprescritível. É uma porque não se admite, em um mesmo Estado, a convivência de duas soberanias é superior aos demais poderes que existam no Estado. É indivisível porque se aplica a todos os fatos ocorridos no Estado. Assim é impossível “a existência de várias partes separadas da mesma soberania”. É inalienável, “pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado”. E é imprescritível, pois “aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior”. (DALLARI, 2010, p. 81).

Apesar dessas características, ela pode ser limitada pela necessidade de convivência entre os Estados. Há, contudo, uma relação ideológica na estrutura contemporânea da soberania. A globalização e o “elemento normativo” que definem o “soberano” a partir de normas pressupostas, não declaram a exceção como método de manutenção dos direitos humanos. (GÊNOVA; ALMEIDA, 2016, p. 170).

Necessário ter em mente, porém, que o Estado não é uma instituição “imutável”, até porque, em qualquer época, o ser humano, de uma forma ou de outra, modificou o conceito.

(RIBEIRO, 2001, p. 37). Evoluções conceituais como essa são comuns na Teoria do Estado.

Há limitações à plena extensão teoricamente atribuível à soberania, em decorrência da necessidade de convivência e coordenação dos interesses dos diferentes Estados, que restringe seu exercício. "[...] sob a regência das normas de direito internacional geral". Não é cabível, porém, suprimi-la. (RIBEIRO, 2001, p. 37).

Assim, um dos fatores determinantes na evolução do conceito de soberania foi e ainda é a convivência de vários Estados na esfera internacional, o que acaba por relativizar o conceito. Necessário estudar as razões da relativização da soberania, especialmente as que decorrem da "internacionalização" do Direito.

## **2. A relativização da soberania – globalização**

Considerando o processo de globalização em curso, apesar de sua relevância, a soberania, assim como o próprio Estado, pode ser "repensados" em seus fundamentos. Essa possibilidade resulta de fatores diversos, desde conflitos entre culturas, povos e nações, até as questões econômicas e sociais, dentre várias outras.

Isso porque, no plano interno, a soberania se expressa no exercício do poder constituinte originário, nos momentos políticos nos quais a ordem estatal é fundada ou rearranjada, e visando adequar-se à Constituição e à nova realidade. (NUNES JÚNIOR, 2003, p. 152).

Diante da necessidade de "agregação" dos Estados e da consequente formação de comunidades internacionais, a soberania acabou por ser relativizada. A supremacia interna dos Estados-nação, porém, conservou-se intacta. Relativizou-se, isso sim, a "independência" dos Estados no panorama internacional.

A supremacia interna é conservada pelos Estados-nação. No plano externo, porém, ela desapareceu, "salvo quiçá para os Estados Unidos", pois o imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores e mais fortes, para assegurarem

a própria sobrevivência, a exemplo dos países europeus. (FERREIRA, FILHO, 1998, p. 102).

Ocorre que essa “relativização” da soberania no âmbito internacional não pode ocorrer sem que cada Estado, voluntariamente e por meio de seus representantes, abra mão de parcela de sua independência. A conjuntura mundial, porém, passou a exigir que Estados soberanos passassem a “integrar-se”.

Esses processos de integração fundamentam-se na “transferência cadenciada” da soberania estatal para órgãos e instituições supranacionais. Esse procedimento, porém, não é condição indispensável à formação desses espaços: é um mecanismo catalisador da rápida e eficiente realização dos objetivos definidos pelos tratados. (FERREIRA FILHO, 1998, p. 102).

O atual conceito de Estado, de base nacional e poder soberano, ajusta-se mal ao fenômeno da globalização: é “pequeno” demais para controlar as consequências da mundialização econômica e de segurança. Há, assim, essa tendência ao reagrupamento em unidades maiores. Neste sentido, dificilmente haverá um Estado mundial. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 59).

Assim, dificilmente haverá a extinção do conceito de Estado: “[...] continuarão a existir como integrantes do novo ente”. Há uma tendência a se eliminar do quadro político o elemento “soberania”, ao menos no “[...] sentido preciso do termo, embora o uso desta possa sobreviver”. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 59).

A “soberania”, da maneira como é definida pela doutrina “clássica”, não mais se adapta aos modernos fenômenos internacionais comunitários e globalizantes. Evidentemente, nesse sentido, o Estado pode, voluntariamente, limitar sua soberania em decorrência de sua participação voluntária ou necessária no contexto das comunidades internacionais.

A partir dos processos de integração passa a existir uma “interdependência” entre os diversos Estados, que aponta para um maior “atrelamento” entre as ideias de “soberania” e de “cooperação” (jurídica, econômica e social), situação que afeta

drasticamente a própria pretensão de “autonomia”. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 140).

As chamadas “comunidades supranacionais”, a exemplo da União Europeia, NAFTA, MERCOSUL e várias outras, impuseram uma “nova lógica” às relações internacionais, atingindo as pretensões de uma soberania “descolada” de vínculos ou limitações. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 140).

Evidente que esse quadro impõe que se repense o caráter soberano do Estado. Isso porque já não se trata mais da constituição de uma ordem absoluta. Caminha-se, a partir disso, para o “esmaecimento” da soberania enquanto “elemento caracterizador do poderio estatal”. Diante disso, nas relações externas percebe-se a construção de uma ordem de “compromisso” e não de soberania. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 142).

A chamada “teoria da autolimitação”, determina que o Estado pode assumir limitações externas, “a partir de compromissos assumidos perante outros poderes congêneres”, inclusive, no contexto das “comunidades supranacionais”, com capacidade decisória igual ou superior à dos próprios Estados. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 168).

A teoria geral do direito, ao especificar os elementos do conceito soberania, reconhece que os cidadãos de cada Estado são destinatários de normas de muitos ordenamentos soberanos não estatais. Reconhece, portanto, “[...] um pluralismo de ordenamentos soberanos”. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 168).

É um dos problemas apresentados pela crise do conceito de soberania do Estado, pela “[...] proliferação de ordenamentos soberanos transnacionais, paralelamente ao do Estado”. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 168). A construção desses ordenamentos e “comunidades jurídicas internacionais” ocorre em paralelo à soberania, relativizando seu conceito “clássico”.

A soberania deve ser “dinâmica”, adaptando-se às novas circunstâncias da vida dos povos. (PAUPÉRIO, 2000, p. 76). O Direito Internacional é um elemento que relativiza a soberania do Estado. (PAULA, 2000, p. 121). Daí que a necessidade da

“internacionalização” das relações sociais e jurídicas vai ao encontro à necessidade de “reconstrução” da soberania.

Os Estados passaram, por exigências da paz, da civilização e do bem comum, a imprimir um novo “modo de ser” às legislações constitucionais, devendo a soberania do Estado ser entendida de forma mais adequada à necessidade suprema da paz, da ordem e da justiça entre os Estados. “[...] Adequar-se, mas, não desaparecer”. (PAULA, 2000, p. 121).

Assim, é possível observar a existência de uma “crise” no conceito de soberania, porém, com vistas ao seu aprimoramento, que deverá adaptar-se às novas espécies de ordenamentos jurídicos comunitários, especialmente àqueles que visam a internacionalização dos direitos humanos.

As transformações no conceito de soberania refletem em um processo de “articulação” das normas e dos entendimentos novos sobre questões antigas. (DONNELLY, 2005, p. 12). O referido processo refere-se, mais especificamente, às normas do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, pois é um “[...] tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção aponta para duas importantes consequências. (PIOVESAN, 2012, p. 31).

Em primeiro lugar, revisa-se a noção tradicional de soberania absoluta, que passa a ser relativizada pelas intervenções, no plano nacional, voltadas à proteção dos direitos humanos, que permite o monitoramento e a responsabilização internacional, “[...] quando os direitos humanos forem violados”. (PIOVESAN, 2012, p. 31)

Em segundo, cristaliza-se a ideia de que a pessoa é algo como um “sujeito de direito internacional”: “[... ] prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica”. (PIOVESAN, 2012, p. 31).

Chega-se, em consequência dos fatores acima elencados, a um “rompimento” com o conceito clássico de “soberania”, que passa a

não mais poder ser aplicada de maneira “pura”, completa. Impossível, assim, desconsiderar a possibilidade de sua “relativização” pelo Direito Internacional.

A “velha doutrina” da soberania (exclusiva e absoluta) não pode mais ser aplicada. Uma das maiores exigências intelectuais atuais é a de repensar a questão, pois os direitos das pessoas e os direitos dos povos formam uma “soberania universal” (BOUTROS-GHALI, 1993, p. 98-99).

Por isso, nos últimos tempos, foram incrementados os processos de transferência de novas faculdades de Estado, de sua jurisdição doméstica e sua discricionariedade ao campo das atividades reguladas pelo Direito Internacional Público, bem como da decisão conjunta ou majoritária. (VIGNALI, 1995, p. 52).

Na União Europeia, não apenas trocou-se a capacidade de decidir pelo “compromisso de fazê-lo em comum”, como foram criados órgãos supranacionais que decidem de forma imponível aos governos e executáveis diretamente no território dos Estados-Membros. (VIGNALI, 1995, p. 52).

Transitou-se do sistema do Direito Internacional Público a um sistema de Direito Europeu, que, ainda, mantém a soberania. Ao se aprofundar, porém, nessa aproximação, chega-se à situação na qual os Estados que compõe o grupo, por decisão soberana de cada um e de todos eles, resolvam submeter-se a autoridades comuns. (VIGNALI, 1995, p. 52-53).

Nesse momento, renunciam à soberania individual, constituindo-se em um novo Estado Soberano que os reúne. A soberania estatal, assim, perde seu atributo jurídico absoluto no campo internacional. Com ela, desaparecem os Estados Independentes, fazendo surgir um novo ente, um “[...] novo sujeito do Direito Internacional”. (VIGNALI, 1995, p. 53).

Essa modificação é indispensável. A soberania externa equivale à “liberdade selvagem” que reproduz o estado de natural desregramento que sua própria instituição havia superado. A criação do Estado soberano equivale à fundação de uma

comunidade de Estados que se transformam em fatores de guerra externa. (FERRAJOLI, 2002, p. 21).

Com a relativização da soberania, recupera-se a dimensão normativa e axiológica da ciência jurídica internacional, reabilitando sua função planejadora e *levando a sério* o direito, reconhecendo-o como um sistema normativo. As disposições e comportamentos efetivos dos Estados não “desmentem” suas normas. (FERRAJOLI, 2002, p. 59).

Assim, o sujeito de direitos que se encontra dentro dos limites territoriais de um Estado passa a ser um sujeito de direitos “internacionais”. Evidente que, diante dessa radical mudança de paradigma, não seria possível que o conceito de soberania, ou mesmo o conceito de Estado permanecessem imutáveis. Mas sobre isto estaremos aprofundando mais na sequência.

### **3. A relativização da soberania pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos**

O direito internacional, por si, é um mecanismo de relativização da soberania estatal, especialmente na formação e na manutenção das chamadas “comunidades internacionais”, a exemplo da União Européia. O chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, porém, representa uma “qualificação” nesse processo de relativização da soberania estatal.

Até porque o ser humano é o ponto culminante da criação. Tem importância suprema na economia do Universo. Nesse mesmo sentido, “[...] os hebreus sempre sustentaram que a vida é a coisa mais sagrada que há no mundo e que o ser humano é o ser supremo sobre a terra”. (POZZOLI, 2003, p. 105)

O direito humanista é um “padrão geral”, que deve “[...] servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva, de modo que o direito natural teria preeminência sobre o direito positivo, vez que este se caracteriza pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço”. (POZZOLI, 2003, p. 105)

As declarações de direitos norte-americanas e a Declaração francesa de 1789 representam "[...] a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas". (COMPARATO, 2008, p. 53).

Ocorre que o "terreno" foi preparado mais de dois séculos antes, pela reforma protestante, "[...] que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião" e pela "[...] cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo". (COMPARATO, 2008, p. 53).

O conceito, porém, foi desenvolvido com maior amplitude na segunda metade do Século XX. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o maior documento jurídico produzido pela humanidade no século passado, representou o início deste processo. Por isso é que a proteção internacional dos direitos humanos é uma das várias críticas ao modelo tradicional de soberania, pois apresenta renovados entendimentos sobre sua própria "razão de existir".

Isso porque a sistemática internacional garantidora de proteção, "[...] institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais". Acolhendo o aparato internacional de proteção e as decorrentes obrigações internacionais, o Estado aceita o monitoramento acerca do respeito aos direitos humanos em seu território. Consente em ser controlado e fiscalizado pela comunidade internacional sobre respostas institucionais insuficientes, falhas ou inexistentes.

Ainda com Sikkink, a ação internacional, porém, é complementar: é uma "[...] garantia adicional de proteção dos direitos humanos". A internacionalização dos direitos humanos contribuiu para a democratização do cenário internacional, que incorpora novos sujeitos à arena internacional (indivíduos e organizações não-governamentais) além do Estado. (SIKKINK, 1993, p. 413).

A reformulação da soberania não fez com que os Estados possuíssem “menos soberania”. A prática dos direitos humanos é compatível com o conceito. (DONNELLY, 2005, p. 2). Apesar desse processo de relativização da soberania externa, os Estados, membros de diversas comunidades internacionais, nada perderam de sua “supremacia interna”.

A subscrição de uma convenção internacional sobre direitos humanos ou a participação em organizações regionais sobre eles, ou a simples integração às Nações Unidas, “[...] se não era originalmente compulsória, tem força do *jus cogens* como direito costumeiro”. (ALVES, 2003, p. 38).

Nessa situação, os Estados abdicam de uma parcela da soberania “tradicional”, “[...] obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas”. (ALVES, 2003, p. 38).

Destaque-se que soberania e direitos humanos, nesse mesmo sentido, poderiam até mesmo serem “contrapostos”, porque a soberania relaciona-se ao um “direito de não interferência”, que é, *mutatis mutandis*, o “objeto” dos Direito Internacional dos Direitos Humanos. (DONNELLY, 2005, p. 1).

Ocorre que a soberania “interna” resta preservada, apesar de sua relativização no âmbito internacional. Mais do que isso, as Constituições modernas têm admitido, e até mesmo determinado (expressa ou implicitamente) a submissão dos Estados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro.

A Constituição brasileira de 1988 é um marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do país. Consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma da ordem internacional. Abre-se a ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Neste mesmo sentido, ainda com Flávia Piovesan, exige-se, assim, ao mesmo tempo, uma nova interpretação e a conseqüente

flexibilização da soberania nacional e da não intervenção. A prevalência dos direitos humanos rege o Brasil no cenário global, pois "[...] constitui tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional". (PIOVESAN, 2000, ps. 102/103).

Diante disso, no Brasil, é impossível não admitir a incidência direta dos direitos humanos na ordem jurídica interna, em decorrência das normas extraíveis do próprio texto constitucional<sup>4</sup>, bem como no que se relaciona à interpretação do conceito contemporâneo de soberania.

O Estado, tendo cedido parcela de sua independência para a formação de uma "comunidade" internacional voltada à proteção de direitos humanos, não pode "alegar sua própria torpeza", se interpelada pelos organismos internacionais dos quais é participante a cumprir disposições constantes dos tratados.

Consolidou-se, no direito internacional contemporâneo, um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, e foram estabelecidos os mecanismos de supervisão e controle do respeito a esses direitos. Hoje, um Estado não pode alegar a própria soberania na defesa de condutas violadoras de direitos humanos. (RAMOS, 2005, p. 78).

Trata-se do caso da sentença internacional, que é em ato judicial emanado de órgão judiciário do qual o Estado faz parte, porque aceitou sua jurisdição obrigatória ou porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinadas controvérsias a um organismo internacional. (MAGALHÃES, 2000, p. 102)

O mesmo se pode dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, por compromisso arbitral que confere

---

<sup>4</sup> "Art. 5º. [...] §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". (BRASIL, 1988, n.p.)

jurisdição específica à autoridade nomeada decidir controvérsia. Aqui, também, "[...] a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não". Se for aceita, porém, mediante declaração formal, o país torna-se obrigado a cumprir a decisão que for proferida: "[...] se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar". (MAGALHÃES, 2000, p. 102).

A humanidade amadureceu tais formas de sobrevivência para melhor poder atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o direito tem uma função que é muito importante no contexto que agora é internacional, qual seja, de promover a pessoa humana na sociedade a um nível de satisfação de vida fraterna, digna e justa.

Pode-se concluir, diante disso, que é impossível, com a superveniência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, entender a soberania como estatal, como algo absoluto e imodificável, especialmente em decorrência da necessidade de convivência fraterna entre os povos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A soberania é um elemento essencial do próprio conceito de Estado, representando a supremacia na ordem jurídica interna e a independência na ordem jurídica internacional. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de soberania vem sendo relativizado, em decorrência da formação de "comunidades internacionais".

Para estudar essa relativização, foi necessário iniciar pelo próprio conceito de "Estado". A entronização da soberania como elemento fundamental no conceito de Estado contaminou a estrutura do Direito, no que concerne às suas relações jurídicas com outras "soberanias". Internamente, a soberania faz com que uma ordem jurídica seja absoluta dentro de seu território, de forma vinculante ao povo que o ocupa. Além da "supremacia" interna, a

“essencialidade” da soberania no que concerne ao conceito de Estado, estende-se às relações entre os países.

Trata-se a soberania, de um conceito complexo, dotado de várias características que são requisitos para sua existência. Ocorre que, apesar dessas características fazerem da soberania algo aparentemente “absoluto”, pode ela ser limitada, especialmente em decorrência da necessidade de convivência entre os Estados. Evoluções conceituais como essa são usuais na Teoria do Estado. Apesar de sua relevância, o próprio Estado, deve ser “repensado” em seus fundamentos. Diante da necessidade de “agregação” dos Estados e da conseqüente formação de comunidades internacionais, a soberania, de fato, acabou por ser relativizada.

A supremacia interna dos Estados, porém, conservou-se. Relativizou-se, sim, a independência dos Estados no panorama internacional. Essa “relativização” da soberania no âmbito internacional não pode ocorrer sem que o Estado, voluntariamente e por meio de seus representantes abra mão de parcela de sua independência.

A conjuntura mundial hodierna, porém, exigiu dos Estados soberanos passassem a “integrarem-se”. E o Estado pôde limitar sua soberania em decorrência da participação no contexto das comunidades internacionais. A necessidade de “internacionalização” das relações sociais vai ao encontro à necessidade de “reconstrução” da soberania.

O processo refere-se às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Chega-se ao “rompimento” do conceito clássico de soberania. O Direito Internacional dos Direitos Humanos “qualifica” esse processo de relativização. E, apesar do claro processo de relativização da soberania externa, os Estados nada perderam de sua “supremacia interna”, não deixando de atender ao mercado e valorizando o respeito à dignidade da pessoa humana.

As Constituições modernas determinam a submissão estatal ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, é impossível entender que a soberania é absoluta. Nesse cenário, o Estado signatário de convenções internacionais de Direitos Humanos não

pode deixar de cumprir disposições convencionais alegando soberania da ordem jurídica interna.

Por derradeiro, o direito, aplicado visando uma função promocional, pode assegurar a justiça social e a legitimidade maior para o Estado, estando-lhe reservado nesta perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania. Seja na doutrina, na legislação ou no ensino jurídico esta nova fórmula de analisar o direito no âmbito internacional acaba, tranquilamente, abrangendo o produto das decisões dos Tribunais nacionais ou internacionais, o que chamamos jurisprudência. Em síntese, um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária e fraterna.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- BOUTROS-GHALI, Boutros. Empowering the United Nations. **Foreign Affairs**, v. 89, p. 98-99, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNELLY, Jack. State sovereignty and human rights. **International Studies Association**, p. 1-25, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Especulações sobre o futuro do estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 102-113.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. **Digesto Econômico**, n. 259, p. 153-161, 1978.
- \_\_\_\_\_. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.
- NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem internacional: mecanismos de solução de conflitos entre Estados**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. O Conceito de Soberania no Século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 11, n. 42, p. 140-165, jan.-mar., 2003.
- PAULA, Vera Cecília Abagge. Aspectos do relativismo da soberania: contribuição ao estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 17, p. 121-146, 2000.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. O conceito polêmico de soberania. In: STELZER, Joana. (Org.). **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, ano 8, v. 15, p. 93-110, jan.-jun., 2000.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 159, p. 105-111, jul.-set., 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Comunitário Europeu**. Uma perspectiva para a América Latina. São Paulo, Editora Método, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIKKINK, Kathryn, Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America, **International Organizations**, v. 47, n. 3, p. 411-441, 1993.

STELZER, Joana. (Org.). **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIGNALI, Heber Arbuét. **O atributo da soberania**. Brasília: Senado Federal, 1995.



# EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NA ERA DIGITAL

Adriana Aparecida de Lima Terçariol<sup>1</sup>

Adriano Augusto Fidalgo<sup>2</sup>

Raquel Rosan Christino Gitahy<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

Vivemos no momento denominado Pós-Modernidade, chamada por Zygmunt Bauman de Modernidade Líquida (2001, p. 9). De acordo com o autor, essa é a razão “[...] para considerar ‘fluidez’ ou ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade”.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutoranda na Universidade Aberta - Portugal junto ao Departamento de Educação e Ensino a Distância. Doutora em Educação e Currículo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre e Pedagoga pela Faculdade de Ciências e Tecnologia Unesp/Campus de Presidente Prudente/SP. Docente no Curso de Pedagogia (Presencial/Distância) e Programas de Pós-Graduação: em Educação, vinculados à Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP). Líder do Grupo de Pesquisa em Educação, Tecnologias e Cultura Digital – GRUPETeCD. E-mail: atercariol@gmail.com

<sup>2</sup> Advogado. Especialista (Lato Sensu) em Computação Forense pela Universidade Mackenzie. Mestrando em Educação pela Universidade Nove de Julho. Membro Efetivo da Comissão de Direito Digital e *Compliance* e também da Comissão de Educação Digital da OAB/SP. Certificações IT.CERTS, do Canadá: Ethical Hacking Essentials Certificate, Information Policy Foundation Certificate and Infosec Foundation Certificate. Pesquisador e Palestrante. E-mail: fidalgo@aasp.org.br.

<sup>3</sup> Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Avaliadora de cursos de Direito e Pedagogia do Mec-Inep. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Líder do grupo de Estudos e Pesquisas em Educação, Currículo e Tecnologias. Pesquisadora da Rede internacional ESTRADO. E-mail: raquelgitahy.rg@gmail.com

Já autores, como Gurovitz (2017) afirmam que o tempo atual é chamado ironicamente e criticamente de Pós-Verdade, sendo marca deste lapso temporal as discussões que se avolumam, eis que nos fenômenos comunicacionais muitos se combatem nas redes, com disputas inclusive entre Estados, Instituições, Corporações e pessoas comuns, tendo em conta que as redes sociais deram voz a todos. Tais atos e fatos têm impactos nas esferas pública, administrativa e privada, com efeitos nas dimensões psicológicas, jurídicas, sociais, pedagógicas, entre outras.

Estamos nas grandes cidades, com a vigência de um contrato social. Não se pode olvidar de se conhecer a si mesmo, trabalhar a empatia com os outros e de se entender que se faz parte de um grupo ou sistema. Deve-se pensar nas relações sistêmicas, como destacado por Goleman e Senge (2015, p. 8):

Eles descrevem três conjuntos de habilidades cruciais para se orientar em um mundo acelerado de distrações crescentes e envolvimento interpessoal ameaçado – um mundo no qual as ligações entre as pessoas, os objetos e o planeta são mais importantes do que nunca. Pense nesses conjuntos de habilidades como um foco triplo – interno, no outro e externo.

Quando se enfrenta questões tecnológicas, especialmente no que se refere à internet e as redes sociais, lembra-se da chamada Alegoria da Caverna de Platão, em que se destacam as incertezas e a importância da educação, como mencionado por Maciel (2017, s.p):

De acordo com a apresentação de Platão, Sócrates teria respondido aos questionamentos de Glauco, quanto a influência da educação na natureza humana, descrevendo um aglomerado de pessoas que tem vivido acorrentadas desde a infância, encarando uma parede vazia, incapazes de ver uns aos outros ou a si mesmos. Estas pessoas assistem sombras projetadas na parede vazia, sombras de coisas passando em frente ao fogo atrás delas, e começam a dar nomes a estas sombras. Entre as pessoas e o fogo há uma pequena parede, que impede que os acorrentados vejam aqueles que passam em frente ao fogo, carregando objetos, mas vejam apenas os objetos se movendo, como em um teatro de fantoches. Ainda, os sons vindos de fora ecoam pelas paredes da caverna, fazendo com que os acorrentados pensem tratem-se de sons produzidos pelos objetos que parecem mover-se sozinhos.

A aparente incerteza que os elementos digitais geram pode ser superada, como aqui será enfrentado, em especial considerando as questões de ética, direitos humanos e a cidadania, como complexo de respeito à dignidade da pessoa humana norteando as boas condutas e as melhores práticas que todos os indivíduos merecem receber. Na era digital, ainda é elementar dar o devido respeito e destaque à perpétua e irrevogável Educação.

## **1. Educação e o Marco Civil da Internet**

A Educação Digital, um conjunto de metodologias aliadas a tecnologia digital de informação e comunicação, deve auxiliar na construção de conhecimentos éticos e de cidadania, para o uso e acesso de ambientes digitais, na internet, nos aplicativos, nos programas e demais sistemas informáticos, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e o bem comum, sem cair no saber estanque e pulverizado, tão criticado por Morin (2003, p. 104):

Esses poucos exemplos, apressados, fragmentados, pulverizados, dispersos, têm o propósito de insistir na espantosa variedade de circunstâncias que fazem progredir as ciências, quando rompem o isolamento entre as disciplinas: seja pela circulação de conceitos ou de esquemas cognitivos; seja pelas invasões e interferências, seja pelas complexificações de disciplinas em áreas policompetentes; seja pela emergência de novos esquemas cognitivos e novas hipóteses explicativas; e seja, enfim, pela constituição de concepções organizadoras que permitam articular os domínios disciplinares em um sistema teórico comum.

Conforme conceitua Pinheiro (2016, p. 527), vislumbra-se como elementar a efetividade da Educação Digital:

Educar na sociedade digital não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos ou fazer efetivo uso da tecnologia no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhes permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência de informações e transformações. É preparar cidadãos éticos para um novo mercado de trabalho cujas exigências tendem a ser maiores que as atuais.

Entende-se que em breve será considerado como abandono intelectual não preparar os jovens para os novos desafios tecnológicos, especialmente o uso adequado da internet, considerando as redes sociais uma parte muito sensível disso. Inclusive é o que apregoa o próprio Marco Civil, Lei nº 12.965/2014, especialmente os artigos 24 e 26, do referido dispositivo legal.

Merece menção o seguinte trecho do artigo 24, do Marco Civil:

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil: (...) VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet; (...) IX - promoção da cultura e da cidadania; (...).

Já no artigo 25, do mesmo diploma legal, cita-se:

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Portanto, trata-se de dever do Estado, pelo rigor da lei. Ônus a ser assumido voluntariamente também pelas demais instituições, dada a sua relevância e necessidade. Fatos reais da área digital ou cibernética já existem e surgirão que colocarão crianças e adultos na linha de frente de desafios do dia a dia, onde quase tudo é on-line. Temas ligados a aplicativos, internet das coisas<sup>4</sup>, big data<sup>5</sup>, algoritmos, drones<sup>6</sup>, – apenas para citar alguns exemplos – ainda muito evoluirão, redundando em consequências e reflexos no que tange a intimidade, privacidade e tensões de direitos entre as partes envolvidas.

---

<sup>4</sup> Conceito tecnológico segundo o qual os objetos do cotidiano estão ligados a rede mundial.

<sup>5</sup> Conjuntos de dados muito grandes ou complexos.

<sup>6</sup> Veículo aéreo controlado remotamente

Como advertiu Severino (2014), a importância da educação e os juízos de valor moral vêm abraçando à filosofia para se desvendar tais situações:

É por isso que a filosofia continua buscando fundamentar também os nossos juízos de valor moral. Por mais que já saibamos que os valores que embutimos em nossas práticas pessoais cotidianas sejam herdados de nossa própria cultura, recebendo-os através dos processos informais e formais de educação, continuamos desafiados a justificá-los, a fundamentá-los, buscando esclarecer como eles se legitimam e legitimam o nosso agir individual e coletivo (p. 264).

Assim, criar uma mentalidade de ética digital é crucial! Conscientizar a todos os cidadãos a criar uma reputação digital é elementar. Um dos motivos seria o fato de muitas empresas estarem contratando, considerando os perfis das pessoas nas redes sociais, monitoram os seus perfis antes, durante e até depois da contratação, como frisado por Aquino (2015) e Voltolini (2014). O uso consciente e respeito aos Direitos Humanos é fundamental, e na sociedade digital, deve estar presente em todos os espaços, inclusive em redes sociais, que é um dos contextos de maior frequência do cidadão.

## **2. Redes Sociais**

O uso das redes sociais é um fenômeno tecnológico totalmente relevante no Brasil. Inclusive, nosso país é o que mais usa redes sociais na América Latina, conforme destacado pela redação do Canaltech (2016). Conforme pesquisa veiculada no site Marketing de Conteúdo, as cinco redes sociais mais usadas aqui são, por ordem decrescente do primeiro ao quinto colocados, conforme listado: Facebook, Whatsapp, Messenger, Youtube e Instagram (RIBEIRO, 2015).

As chamadas *fake news* se propagam com o nefasto poder de disseminar informações falsas as pessoas, influenciando em decisões e causando desinformação, a ponto de poder inclusive decidir o resultado de uma eleição. A manipulação das informações e um

declínio da busca do conhecimento embasado se propagam em dialéticas inférteis e constantes nas redes sociais.

Compondo uma prova de que a massificação do acesso às redes não necessariamente detém o papel de melhoria do conhecimento e de um reflexo numa melhor formação humana, ao contrário, percebe-se uma sensação de pouca criação de conhecimento original e o efetivo proveito social das ferramentas tecnológicas. Por exemplo, 55% (cinquenta e cinco por cento) dos brasileiros acreditam que o *Facebook* é a internet, conforme frisou Sumares (2017), referindo-se a uma pesquisa da *Quartz Media LLC*<sup>7</sup>, uma empresa de pesquisa. Com isso, as pessoas que poderiam usar o ecossistema digital como um espaço totalmente propenso à pesquisa e a autoformação ficam limitados apenas ao uso da referida rede social.

Ora, isso faz com que o direito constitucional de liberdade de expressão, por vezes, seja usado de modo abusivo pelo cidadão comum, o que redundará na ocorrência de incidentes na esfera digital, inclusive nas redes sociais. A liberdade de expressão, assim como ocorre com outros direitos, não é ilimitada, pelo contrário, encontra limites na própria Constituição Federal, que harmoniza e compatibiliza outros direitos que eventualmente se apresentem em aparente choque, até mesmo de índole constitucional.

### **3. Direitos Humanos e o *Cyberbullying***

O uso da tecnologia é uma realidade insofismável, como bem destacado por Piovesan e Munõz (2016), em artigo localizado no sítio das Nações Unidas, a saber:

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados-membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, das comunicações e da interconexão mundial, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do

---

<sup>7</sup> Vide qz.com

conhecimento, com base em uma educação inclusiva, equitativa, não discriminatória, com respeito às diversidades culturais.

Na sociedade global da informação, emergencial é incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades.

Como já dito, vive-se na pós-modernidade, dentro da sociedade da informação, qual seja, época em que todas as relações são rápidas, com prazo de validade, fugazes, eis que a celeridade dos tempos e a fragilidade dos valores vividos assim estampam os relacionamentos do tempo atual.

Um dos exemplos de desrespeito aos direitos humanos nas redes sociais é o chamado *cyberbullying*. A fim de compreender o *cyberbullying*, podemos conceituar inicialmente o bullying, como o ato de hostilidade, abuso e agressão que se provoca a outrem. Por consequência, o *cyberbullying* é a prática de tais ofensas de modo amplificado, utilizando-se dos meios de mídia e tecnológicos à disposição, como e-mails, torpedos, redes sociais, comunicadores, celulares e demais itens tecnológicos. Nessa direção, pensa-se que se desliga do mundo real e se adentra no virtual. Mas, vale lembrar, não é bem assim.

Ainda, cumpre pontuar que o *bullying* seja algo cruel em sua essência, o que se dirá do *cyberbullying*, onde os ataques podem ser feitos de distâncias inimagináveis, com autoria anônima (inicialmente, assim se presume), sem chance de defesa do agredido, além do fato do agressor sequer poder ver as reações humanas do ofendido, cessando qualquer chance de arrependimento ou reparação, ao ver a dor alheia, do que poderia ou se imaginaria ser uma brincadeira, mas que em verdade gera danos atrozes. Com consequentes depressões e, em extremos, alguns casos confirmados de suicídios.

Os sistemas de dados foram feitos para beneficiar as pessoas e não para flagelá-las. O que se chama mundialmente de *Big Data*, ou seja, esse grande emaranhado de concentração de informações. Tampouco o uso da Inteligência Artificial ou a Internet das Coisas

poderão redundar em malefícios incontroláveis. Contudo, tramitam projetos de lei com o fito de dar maior ênfase à questão da proteção de dados.

Assim, do mesmo modo que é lícito as pessoas se exporem nas redes sociais, por outro lado também é totalmente lícito que se queira manter adstrita a individualidade, a vida privada, a intimidade, devendo ser resguardado o sigilo. Nesse sentido a justiça brasileira tem dado guarida aos que se socorrem ao verem seus dados veiculados de modo desautorizado.

Inclusive a Justiça tem se posicionado sobre diversos assuntos digitais, ora concedendo liminares e ora até impondo multas diárias aos sites provedores de conteúdos. O que se analisará, em breve, serão as novas repercussões geradas pelo Marco Civil da Internet, que ocorreu há pouco tempo, hoje muito se falando de legislação de proteção aos dados, tema não enfrentando com profundidade pelo Marco Civil, mas como já referido, há projetos de lei tramitando acerca da proteção de dados.

Anteriormente ao Marco Civil da Internet, para enfrentar o cyberbullying se utilizava como escudo os tipos penais da injúria, calúnia e difamação. Eis que não havia normas específicas sobre o assunto. Deve-se punir o agressor e evitar que a pichação e o linchamento público virtual ocorram. Quem transmite uma situação dessas, deixa de ser expectador e vira coparticipe, sendo também merecedor da devida reprimenda. Inclusive os tribunais já vêm condenando curtidas e compartilhadas, via Facebook.

A partir de fevereiro de 2015 entrou em vigor a Lei nº 13.185, publicada em 06/11/15, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Seu artigo 4º instituiu as medidas preventivas e se conscientização a serem tomadas, a saber:

Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º:

- I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (*bullying*) em toda a sociedade;
- II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;

- III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;
- IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;
- V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;
- VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;
- VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;
- VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil;
- IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (bullying), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

O artigo 2º da referida Lei define o bullying e especifica a sua modalidade cibernética, como se verifica:

Art. 2º- Caracteriza-se a intimidação sistemática (bullying) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;
- VII - isolamento social consciente e premeditado;
- VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Crê-se que, no que tange a esse assunto também relativamente novo, que a pedra de toque no assunto para proteger, evitar e

conscientizar contra o *cyberbullying* seja o uso, como escudo, do super princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumpra esclarecer que direitos humanos são conquistas históricas após seculares embates, que acabaram se consagrando e normatizando pela Organização das Nações Unidas (ONU), pela sua famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme Enunciados elaborados na Assembleia Geral do dia 10/12/1948.

Dentre eles podemos destacar a educação, lá tratada por instrução, a saber:

#### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Portanto, a educação ou a instrução se trata de um direito humano fundamental!

Bem esclarecem Silveira e Rocasolano (2010, p. 229) acerca do conceito de direitos humanos, ao destacarem:

Revisados os fundamentos do conceito de direitos humanos e das múltiplas definições que existem sobre o conteúdo destes direitos, optamos por uma definição teleológica, porém explicativa e descritiva – isto é, que pretenda expressar os elementos estruturais dos direitos humanos preservando sua continuidade essencial. Mais que isso, optamos por uma definição que considere não só a *dinamogenesis* destes direitos, mas dialogue com a teoria do poder. É a definição de Pérez-Luño, para quem os direitos humanos são “um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.

Nesta ordem de ideias, vale dizer que, a nossa Constituição preserva diversos direitos inerentes à personalidade humana, tais como a honra, a imagem, a privacidade, a intimidade, a liberdade de manifestação do pensamento, a legalidade, o devido processo legal e demais coligados.

Quando se fala de direito a manifestação do pensamento, especialmente se fazendo um rápido *link* com direitos humanos, nota-se que muitos se equivocam entendendo ser este um direito ilimitado e irrestrito. O que gera um sem número de embates nas redes sociais, com as subseqüentes teses e antíteses disparadas, redundando na exacerbação dos limites do razoável.

Mas aqui cabem as ponderações do constitucionalista Moraes (1999, ps. 67-68), ao dispor sobre as consequências do direito da liberdade de pensamento:

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira, “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura”.

Quanto aos direitos à honra, a imagem e demais direitos conexos assim destacou Silva (1994, ps. 204-205):

O mesmo dispositivo em análise (art. 5.º, X) declara invioláveis a honra e a imagem das pessoas. O direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade. Pode mesmo dizer-se que sequer integra o conceito de direito à vida privada. A Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade.

Deste modo, sintetizou Andrade (2007, p. 18-19), sobre a dignidade da pessoa humana, como medida absoluta introjetada em nosso Direito:

Amalgamada a dignidade da pessoa humana à norma hipotética fundamental, não basta declinar o seu mais sintético enunciado: *cumpra-se a constituição*; é preciso, antes de tudo que a norma constitucional prestigie o homem, em razão de sua natureza humana, originariamente divina.

Temos para nós que a norma é produto da experiência humana e não fonte; o ser, o ente humano, este sim é fonte, não somente da regra de direito, mas principalmente da própria experiência humana, que decorre do simples fato do homem existir, não como os animais, os vegetais ou os minerais, mas como a mais perfeita de todas as criações de Deus.

Portanto, infere-se que o *cyberbullying* deve ser remediado considerando-se o chamado direito ao esquecimento, com amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, especialmente considerando que este se deriva dos chamados direitos humanos que, por sua vez, consegue amparo legal na Constituição de um país, o chamado direito objetivo ou também direitos fundamentais!

Eis que, não é proporcional, honesto e pedagógico impingir a um ser humano uma pena eterna. Sequer pena de morte existe no Brasil! Trucidar a dignidade de uma pessoa, assim retirando seus traços de humanidade ao eternizar uma situação de falha ou de característica própria ou patrocinar que uma agressão injusta se mantenha é reprovável.

Preservar-se a dignidade da pessoa humana é elementar, assim como a sua privacidade e intimidade, quando violados, com amparo de todo o arcabouço legal existente, concedendo-se, inclusive, a faculdade do exercício do direito de ser esquecido, quando assim se queira e a Justiça contemple tal possibilidade.

#### 4. Cidadania Digital ou a Cibercidadania

Os desafios da Cidadania Digital ou do neologismo Cibercidadania são enormes. Já que se transportam para tais ambientes digitais ou eletrônicos as virtudes e as mazelas humanas, já que são meios e não fins em si mesmos os artefatos tecnológicos.

Necessário observar os fatos do cotidiano e apreender com eles. Mesmo entre os jovens temas como "sexting" noticiado por Tomaz (2014), vingança pornô descrita por Alves (2013), atual mesmo não sendo nova a informação e, por fim, o cyberbullying todos vêm crescendo. Só com a devida conscientização e formação se poderá prevenir e evitar muitas situações, inclusive, alguns incidentes, por vezes, com consequências nefastas, tais como, o suicídio. Como destacou Severino (2012, p. 70), a educação carrega arraigada em si um elemento conscientizador, indispensável na Era Digital:

A educação é efetivamente uma prática cujo instrumental é formado por instrumentos simbólicos de trabalho e de ação. Dirige-se aos educandos interpellando sua subjetividade e investindo no desenvolvimento desta. Daí a importância do conhecimento teórico no trabalho educativo e por isso se fala do papel conscientizador da educação.

Só o despertar de uma consciência digital, instrumentalizada pela cibercidadania que poderá nos nortear por um caminho sadio e proveitoso. Desta maneira, criar uma mentalidade de ética digital é crucial! Ensinar aos jovens a criar uma reputação digital é elementar. Prevenindo diversos infortúnios futuros.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta ordem de ideias parece fundamental a importância da Educação Digital. Sem se entender os mecanismos tecnológicos e as suas consequências, todos ficamos à mercê de resultados inesperados. Portanto, elementar se entender para que valores humanos sejam atribuídos para um exercício ético e respeitoso dentro de tais ambientes digitais, que são uma só dimensão do mundo real e físico.

De modo compatível, seja respeitada a dignidade da pessoa humana, destacando o plexo de direitos humanos envolvidos nas situações digitais, com a preservação e consagração dos direitos a todos, inclusive no espaço digital, como a liberdade de pensamento, a honra, a legalidade, a privacidade, a intimidade e os demais inerentes ao sujeito humano.

O que gerará um despertar para o vero exercício da Cibercidadania, amparado em elementos de convicção dos riscos e direitos inerentes ao uso dos beneplácitos tecnológicos, o seu uso ético, com a necessária conscientização de que isso só é possível com um exercício contínuo de Educação Digital.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cida. **Exposição sexual na internet se alastra e causa vítimas**. Folha. 01/12/13. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1379100-exposicao-sexual-na-internet-se-alastra-e-causa-vitimas.shtml>. Acesso em: 10 out. 2017.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana. Valor-Fonte da Ordem Jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.

AQUINO, Simoni. **As redes sociais e profissionais e sua influência nas seleções**. RH Portal. 22/09/15. Disponível em: [http://www.rhportal.com.br/artigos/rh.php?idc\\_cad=euhzks0cs](http://www.rhportal.com.br/artigos/rh.php?idc_cad=euhzks0cs). Acesso em: 18 nov. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Lei 13.185, de 06 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm). Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 10 out. 2017.

CANALTECH. **Brasil é o país que mais usa redes sociais na América Latina.** Redação. 20/06/16. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/brasil-e-o-pais-que-mais-usa-redes-sociais-na-america-latina-70313/>. Acesso em: 23 set. 2017.

CAPRICHIO. **Cyberbullying: uma triste violência da internet.** Redação. 24/08/16. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/vida-real/cyberbullying-uma-triste-violencia-da-internet/>. Acesso em: 24 out. 2016.

FERNANDES, Thomaz. **Servidora de Piracicaba é condenada por compartilhar crítica no Facebook.** Globo. 04/12/13. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2013/12/servidora-de-piracicaba-e-condenada-por-compartilhar-critica-no-facebook.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GOLEMAN, Daniel; SENGE, Peter. **O Foco Triplo. Uma nova abordagem para a educação.** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GUROVITZ, Helio. **O jornalismo na época da pós-verdade.** Revista Época. 21/08/17. Disponível em: <http://epoca.globo.com/cultura/helio-gurovitz/noticia/2017/08/o-jornalismo-na-era-da-pos-verdade.html>. Acesso em: 23 set. 2017.

LADEIRA, Pedro. **Em debate no STF, especialistas divergem sobre o direito a esquecimento.** Folha de São Paulo. 12/06/17. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1892422-em-debate-no-stf-especialistas-divergem-sobre-direito-a-esquecimento.shtml?mobile>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MACIEL, Willyans. **Alegoria da Caverna.** Info Escola. Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/alegoria-da-caverna/>. Acesso em: 24 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita. Repensar a reforma. Reformar o pensamento.** Tradução Eloá Jacobina. 8. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MUNÖZ, Lucien; PIOVESAN, Flávia. **Artigo: Internet e direitos humanos.** Nações Unidas. 10/11/16. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Laura. **Quais as redes sociais mais usadas no Brasil**. Marketing de Conteúdo. Disponível em: <https://marketingdeconteudo.com/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>. Acesso em: 23 set. 2017.

SEVERINO, Joaquim Severino. **Filosofia no Ensino Médio**. São Paulo: Cortez, 2014.

\_\_\_\_\_. **Educação, sujeito e história**. São Paulo: Olho d' água, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUMARES, Gustavo. **55% dos brasileiros acham que o Facebook é a internet, diz pesquisa**. Olhar Digital. 19/01/17. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/55-dos-brasileiros-acham-que-o-facebook-e-a-internet-diz-pesquisa/65422>. Acesso em: 23 set. 2017.

TOMAS, Kleber. **Vítimas de 'nude selfie' e 'sexting' na internet dobram no Brasil, diz ONG**. Globo. 14/04/14. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/vitimas-de-nude-selfie-e-sexting-na-internet-dobram-no-brasil-diz-ong.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

VOLTOLINI, Ramon. **Perfis em redes sociais são quesitos essenciais avaliados por empregadores**. Tecmundo. 17/04/14. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/empresas-e-instituicoes/53694-perfis-em-redes-sociais-sao-quesitos-essenciais-avaliados-por-empregadores.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

# SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL “REDEMOCRATIZADO”: NOTAS SOBRE A DIFÍCIL TRANSIÇÃO PARA UM MODELO ESTATAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS

Rodrigo Cogo<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

As últimas décadas têm presenciado o crescimento, em ritmo acelerado, do fenômeno da criminalidade, com a diversificação de suas modalidades, situações que suscitam os mais fervorosos debates sobre segurança no país.

O aumento das estatísticas envolvendo questões relacionadas à prática delituosa, especialmente as ações violentas, contribuiu para que diferentes setores sociais atuassem pugnando uma atuação estatal mais representativa no campo do que se convencionou nomear Segurança Pública.

Merece ser grifada a constatação de que em não raras vezes algumas práticas tomam a frente de outras em função do intenso clamor social. Neste rol de preferências, a segurança se destaca pelos mais diferentes motivos, e ações contra a violência objetivando a todo custo reduzir os índices elevados de criminalidade acabam por se erigir como prioritárias.

Contudo, desde já, é preciso evidenciar que as boas práticas no campo da segurança não podem prescindir do respeito ao indivíduo enquanto sujeito de direitos em um Estado que se intitula democrático e de direito.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia; Docente dos Cursos de Graduação em Direito e Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: profcogo@hotmail.com

Nesta direção, é preciso realizar um exame detido não apenas das ações empreendidas, mas fazer importante ponderação acerca das consequências advindas destas ações, uma vez que os destinatários do agir ou do omitir estatal no campo da segurança pública não podem ser prejudicados em nome da consecução de algo que hoje é abstratamente idealizado.

Deste modo, o presente estudo terá início com uma breve incursão no período onde o país esteve sob o julgo do regime de ditadura militarizada, para resgatar as origens do modelo atual. Em segundo momento a pesquisa apresentará o cenário vivenciado especialmente nos anos 2000, para conhecimento de algumas das ações empreendidas, e, por derradeiro, o trabalho exporá um modelo pautado na defesa dos direitos fundamentais, objetivando, desta forma, contribuir para o debate envolvendo a consecução da segurança pública no Brasil.

## **1. Breve (Re)visita ao Período de Lacuna Democrática**

Muito embora a teoria envolvendo a primazia dos direitos humanos já esteja se consolidada nos Estados Democráticos, a prática encontra, ainda, oposição. Uma das justificativas para que o quadro esteja assim disposto é a herança cultural e normativa do período ditatorial vivido pelo país – entre 1964 e 1984.

Não de hoje os movimentos que atuam na defesa e na promoção dos direitos humanos são rotulados como advogados de “bandidos”, evidenciando, pois, um ideário muito difundido pelo movimento “Lei e Ordem” importado pelo Brasil, especialmente dos Estados Unidos da América, no período militar – principalmente entre as décadas de 1970 e 1980.

Os movimentos sociais de defesa dos direitos humanos desempenharam, durante este período, papel de extrema importância ao questionarem o uso e abuso do poder de polícia do Estado. Isto porque, em clara prática de manipulação de informações para a manutenção do regime totalitário instaurado no país, as autoridades vinculavam as manifestações e os movimentos

em prol dos direitos humanos com atos que objetivavam subverter a ordem em direção ao desmantelamento da paz social.

Na realidade, e hoje isto é cristalino, a conexão aludida acima tinha por escopo silenciar os abusos de direitos perpetrados pelo próprio Estado em detrimento de seus cidadãos.

A respeito deste momento histórico, destacando a importância dos movimentos a favor dos direitos humanos, Adorno (1999, p. 134) leciona que:

A constituição desses movimentos foi, como se sabe, seguida de uma torrente infindável de denúncias de toda sorte, sobretudo contra a violência nas prisões, a par de outras práticas tais como visitas periódicas às instituições de contenção e repressão ao crime, intervenções constantes na imprensa e na mídia eletrônica, organização de inúmeros fóruns de debates dos mais distintos tipos - técnicos, profissionais, acadêmicos, reunindo especialistas, pesquisadores, profissionais, formadores de opinião e público leigo em geral.

No entanto, as violações de toda espécie que caracterizaram o Estado brasileiro durante cerca de duas décadas não foram suficientes para extirpar o discurso de incentivo à truculência, e, ainda produzem adeptos que vêem na violência das forças policiais e na supressão de direitos e garantias - símbolos do período militar, ferramentas eficazes para a manutenção da ordem e para a promoção da segurança.

Corroborando o cenário onde prevalece a defesa de métodos estatais abusivos, pode-se asseverar que:

[...] representantes das forças conservadoras conseguiram, em curto espaço de tempo, reascender o autoritarismo social que, não raro, caracteriza certos traços da cultura política brasileira. Não somente mobilizaram sentimentos coletivos de insegurança como que já se anteviam no início dos anos 80, atraindo a seu favor opiniões favoráveis a uma intervenção autoritária no controle da ordem pública; isto é, reforçando percepções coletivas populares segundo as quais a única forma legítima e imperativa de conter a violência do delinqüente é o recurso à violência policial sem interditos legais ou morais. (ADORNO, 1999, p. 134)

Ante as anotações apresentadas acima se pode concluir que algumas das práticas adotadas no campo da segurança pública no presente têm origem no Estado de Exceção vivenciado pelo país poucos anos atrás, onde ocorreu a transformação da polícia em uma corporação pautada em ações arbitrárias, com uma postura torturadora e até mesmo homicida, acabando por se aceitar o pensamento de que a ela incumbe uma força fundamentalmente repressiva, no afã de, deste modo, garantir a “lei e a ordem” em oposição a todos os (não) cidadãos classificados como “inimigo do Estado”.

Hoje, cerca de três décadas após a redemocratização do país, o Estado brasileiro ainda caminha de forma pouco organizada na direção de um plano ou programa de segurança pública que represente as aspirações sociais e não somente os desejos de certos grupos.

E, conforme será objeto deste estudo, fato é que a sociedade ainda se vê dividida entre os que acreditam serem os métodos rígidos de punição e a violência institucional os caminhos para a consecução da segurança, e aqueles que se colocam frontalmente contra a esse discurso, adeptos de um paradigma de não violência estatal como possível via de solução das demandas de segurança no país, corrente esta a qual, adianta-se desde já, nos perfilamos.

## **2. O Equívoco dos Planos e dos Programas de Governo**

No que concerne às ações, infelizmente, pouquíssimo fora alterado daquilo que era a rotina do período militar, com a continuidade de práticas pautadas na violência policial, continuísmo traduzido pela visão de Soares (2007, p. 86) para quem “as autoridades que se sucederam limitaram-se a recepcionar o legado de nossa tradição autoritária acriticamente reproduzindo suas características básicas introduzindo meros ajustes residuais”.

Em confirmação ao exposto acima, leciona Saporì (2007, p. 109) que

[...] a história das políticas de segurança pública na sociedade brasileira nas duas últimas décadas se resume a uma série de intervenções governamentais espasmódicas, meramente reativas, voltadas para a solução imediata de crises que assolam a ordem pública [...].

Todavia, ao mesmo tempo em que se busca uma alteração de paradigma no modelo de segurança pública edificado nas décadas de 1960 e 1970, o final do século XX impõe transformações sociais advindas do que se convencionou chamar de Estado Neoliberal – um modelo que se ergueu para o atendimento das necessidades do mercado, com o enaltecimento de um Estado ausente em diferentes setores, como a educação e a saúde, mas que se faz mais forte do que nunca no âmbito da segurança pública.

Segundo Neto (2009, p. 91e 92),

A nossa Constituição Federal de 1988, tão celebrada e chamada de constituição cidadã, certamente albergou um grande número de avanços em matéria de direitos sociais e, principalmente direitos e garantias individuais. Mas há uma outra face, em sentido diametralmente oposto, que muitas vezes nos parece passar despercebida pela doutrina: é que essa mesma “constituição cidadã” também sofreu a influência de um movimento em matéria penal. [...] Estamos nos referindo aos famigerados movimentos de “lei e ordem”, que apregoam como solução à criminalidade o endurecimento das penas, o encarceramento, a “tolerância zero”, entre outras políticas penais retrógradas.

Neste contexto, pode-se afirmar, tomando para tanto a lição de Wacquant, que ocorre a equivocada política de

[...] desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ‘ditadura sobre os pobres’ (2001, p. 10).

Em um cenário onde por mais de dez anos poucas alterações foram efetivas, o estudo em tela entendeu ser importante o destaque de dois momentos considerados por especialistas como diferenciados no histórico recente de ações neste segmento.

E, nesta linha de raciocínio, conforme será visto a seguir, grifamos o primeiro destes momentos, no ano 2000 com o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), e, assinalamos o segundo momento, que veio a ocorrer muito em função das dificuldades de implementação das medidas previstas no PNSP, já em 2007, com a apresentação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

## **2.1 O Plano Nacional de Segurança Pública**

O contexto de surgimento do primeiro Plano Nacional para Segurança Pública tem como acontecimento primaz um evento ocorrido no estado do Rio de Janeiro, em 12 de junho do ano 2000, conhecido como Sequestro do ônibus 174, onde o jovem Sandro Barbosa do Nascimento, sobrevivente de outro evento violento, a Chacina da Candelária (1993) foi morto por policiais militares após realizar uma tentativa de roubo a um ônibus mantendo em seu poder como refém a professora Geisa Firmo Gonçalves, também morta na ocorrência.

A grande repercussão deste episódio, que foi exibido ao vivo por emissoras de televisão, e outros inúmeros casos de violência urbana ocorridos neste período acabaram por pressionar as autoridades estatais a elaborarem os primeiros planos no campo da segurança pública.

Destarte, expõe Soares (2007, p. 83) que:

Ato contínuo, o presidente da República determinou que seus auxiliares tirassem da gaveta o papelório, e decidissem, finalmente, qual seria a agenda nacional para a segurança, pelo menos do ponto de vista dos compromissos da União. Em uma semana, a nação conheceria o primeiro plano de segurança pública de sua história democrática recente, o qual, em função do parto precoce, precipitado a fórceps, vinha a público sob a forma canhestra de listagem assistemática de intenções heterogêneas.

Como se viu, aliás, isto é praxe nas chamadas legislações de emergência, o Plano nasceu com vícios, e, conforme explica

novamente Soares (2007, p. 84) “o documento apresentado à nação como um plano não atendia aos requisitos mínimos que o tornassem digno daquela designação”.

Sob outra via, o PNSP representou um primeiro avanço na formulação de ações concretas no âmbito em estudo. Acerca destas boas intenções se podem destacar:

[...] o reconhecimento da importância da prevenção da violência, tanto que derivou daí o Plano de Integração e Acompanhamento dos Programas Sociais de Prevenção da Violência (Piaps) cuja missão era promover a interação local e, portanto, o mútuo fortalecimento dos programas sociais implementados pelos governos federal, estadual e municipal, que, direta ou indiretamente, pudessem contribuir para a redução dos fatores, potencialmente, criminosos. [...] o estabelecimento de condições de cooperação entre as instituições da segurança pública; o apoio a iniciativas visando a qualificação policial; o investimento (ainda que tímido) na expansão das penas alternativas à privação da liberdade; o desenvolvimento de perspectivas mais racionais de gestão, nas polícias estaduais e nas secretarias de segurança, através da elaboração de planos de segurança pública, nos quais se definissem metas a alcançar. (SOARES, 2007, p. 84-85)

Nos dizeres de Lopes (2009, p. 29):

O Plano Nacional de Segurança Pública de 2000 é considerado a primeira política nacional e democrática de segurança focada no estímulo à inovação tecnológica; alude ao aperfeiçoamento do sistema de segurança pública através da integração de políticas de segurança, sociais e ações comunitárias, com a qual se pretende a definição de uma nova segurança pública e, sobretudo, uma novidade em democracia.

Mas,

Infelizmente, a riqueza da pauta não se fez acompanhar dos meios necessários e suficientes para sua execução – entendendo-se, nesse caso, os meios em sentido amplo: faltaram verbas, orientação política adequada, liderança e compromisso efetivos, e um plano sistêmico, consistente, que garantisse uma distribuição de recursos correspondente às prioridades identificadas no diagnóstico. (SOARES, 2007, p. 85-86)

Ante o trazido, é preciso ressaltar que o PNSP (2000), do governo Fernando Henrique Cardoso, não atingiu os resultados anunciados, o que acabou por incentivar diversas tentativas de formulação de planos ou programas posteriores, sem grandes novidades ou efeitos pelos mais diferentes motivos e empecilhos.

Posto isto, somente no ano de 2007, já no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, foi oferecida uma proposta com caracteres diferenciados, ao menos no campo teórico, na área da segurança pública, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, que será visto em linhas mais detidas a seguir.

## **2.2 O Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**

Em agosto de 2007, o governo federal lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania. Dentre tantos valores, o novo Programa firmava que:

[...] direitos humanos e eficiência policial não se opõem; pelo contrário, são mutuamente necessários, pois não há eficiência policial sem respeito aos direitos humanos, assim como a vigência desses direitos depende da garantia oferecida, em última instância, pela eficiência policial. Tampouco é pertinente opor prevenção a repressão qualificada; ambas as modalidades de ação do Estado são legítimas e úteis, dependendo do contexto. Polícia cumpre papel histórico fundamental na construção da democracia, cabendo-lhe proteger direitos e liberdades. Nesse sentido, empregar a força comedida, proporcional ao risco representado pela resistência alheia à autoridade policial, impedindo a agressão ou qualquer ato lesivo a terceiros, não significa reprimir a liberdade de quem perpetra a violência, mas preservar direitos e liberdades das vítimas potenciais. Assim, o aprimoramento do aparelho policial e o aperfeiçoamento da educação pública não devem constituir objetos alternativos e excludentes de investimento estatal. Não se edifica uma sociedade verdadeiramente democrática sem igualdade no acesso à Justiça, a qual depende da qualidade e da orientação das polícias (e das demais instituições do sistema de Justiça criminal) e da equidade no acesso à educação. (SOARES, 2007, p. 92)

No que concerne à evolução de pensamento inaugurada, em conformidade com o Ministério da Justiça, o PRONASCI “[...] articula políticas de segurança com ações sociais; prioriza a

prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública” (BRASIL, 2007)

Freire (2009, p. 107) afirma que interessante contribuição do Programa de 2007 é a “[...] perspectiva de Segurança Cidadã, o foco é o cidadão e, nesse sentido, a violência é percebida como os fatores que ameaçam o gozo pleno de sua cidadania”, destacando que “[...] uma política pública de Segurança Cidadã deve contar não apenas com a atuação das forças policiais, sendo reservado também um espaço importante para as diversas políticas setoriais, como educação, saúde, esporte, cultura, etc.”

Mas, assim como o já visto no momento de verificação do PNSP, estudiosos apontam falhas na execução do PRONASCI, dentre as quais as seguintes se destacam:

(a) em vez de unidade sistêmica, fruto de diagnóstico que identifica prioridades e revela as interconexões entre os tópicos contemplados pelo plano, tem-se a listagem de propostas, organizadas por categorias descritivas (em si mesmas discutíveis), mas essencialmente fragmentárias e inorgânicas, isto é, desprovidas da vertebração de uma política; (b) O envolvimento de um número excessivo de ministérios lembra o Piaps, com seus méritos e suas dificuldades. A intenção é excelente, mas o arranjo não parece muito realista, sabendo-se quão atomizada é nossa máquina pública, e quão burocráticos e departamentalizados são os mecanismos de gestão; (c) A única referência à regulamentação do Sistema Único de Segurança Pública (Susp) é brevíssima, superficial, pouco clara, e sugere uma compreensão restrita, reduzindo-o à dimensão operacional: “O Pronasci irá regulamentar o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), já pactuado entre estados e União, mas ainda não instituído por lei. O SUSP dispõe sobre o funcionamento dos órgãos de segurança pública. Seu objetivo é articular as ações federais, estaduais e municipais na área da Segurança Pública e da Justiça Criminal” (Documento do Ministério da Justiça, intitulado Pronasci); (d) O tema decisivo, as reformas institucionais, não é sequer mencionado – provavelmente por conta de seu caráter politicamente controvertido (dada a indefinição das lideranças governamentais a respeito do melhor modelo a adotar) e de seu potencial desagregador, derivado das inevitáveis reações corporativas que suscitaria. Assim, com o Susp anêmico e sem o seu complemento institucional – a desconstitucionalização ou alguma fórmula reformista, ao nível das estruturas organizacionais –, o *status quo* policial e, mais amplamente, o quadro

fragmentário das instituições da segurança pública acabam sendo assimilados. (SOARES, 2007, p. 93-94)

Ante o trazido acima, ainda que superficialmente, parece ser evidente, com a exposição em linhas gerais do PNSP e do PRONASCI, que as ações na esfera da segurança pública não guardam traços robustos de continuidade e não se apresentam evidadas de práticas institucionais transformando-se em políticas de governo, manifestando o pensamento de seus governantes, afastando-se de políticas de Estado e da defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

### **3. Um Modelo de Segurança Pública em prol dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos**

No Brasil da década de 1980, com o declínio do período da Ditadura Militar, os movimentos sociais passaram a atuar, gerando, a partir de suas ações, novas demandas, o que obrigava o Estado, em sua nova formatação, a atender, ao menos no campo teórico, boa parte do que lhe era solicitado.

É exatamente neste contexto que a nomenclatura segurança pública adentra a agenda governamental uma vez que o texto da Constituição Cidadã trouxe em seu artigo 144 os seguintes dizeres: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Da previsão constitucional erige-se a fundamentalidade do direito à segurança, que recebe o valor prioritário pelo conhecimento do artigo 7º do Pacto de San Jose de Costa Rica, segundo o qual “toda pessoa tem direito à liberdade e segurança pessoais”, em conjunto com o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira, *in verbis*:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da leitura detida dos dispositivos elencados acima se infere que o Brasil acolheu em seu ordenamento jurídico a segurança pessoal como direito fundamental de seus cidadãos, dada a posição topográfica do parágrafo 2º, inserido dentro do dispositivo que salvaguarda os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos.

Ante o trazido, é possível afiançar que a segurança pública pode ser concebida como dimensão pública da segurança pessoal assegurada a todos pelo texto do Pacto de San Jose, e, portanto, a sua concretização dependerá de uma atuação estatal contundente.

A lição de José Afonso da Silva (2009, p. 635), consagra o pensamento de que “segurança pública é manutenção da ordem pública interna”, e que esta “ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

O autor ainda destaca que

a segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam atividades sem perturbação de outrem, salvo no gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. (SILVA, 2009, p. 635)

Para nós, e isto ganha maior vulto nos dias atuais, a maior preocupação que a conceituação edificada por José Afonso da Silva (2009) pode gerar é a confusão possível entre os termos “segurança pública” e “ordem pública”. Tal temor se dá pelo fato de que a manipulação errônea destas expressões, de forma culposa ou dolosa, pode gerar desvios na função estatal consagrada pelo retro mencionado artigo 144 da Carta Magna, com inegável prejuízo às conquistas observadas nos últimos anos na seara da preservação de direitos.

Nesta esteira, corroborando o que nos preocupa, em comentário acerca das falhas de interpretação do conceito supra, Eduardo Bittar (2008, p. 215), aduz que o “espantoso crescimento da violência vem

acompanhado por um, também espantoso, processo de concessão de poderes ilimitados à polícia, de violação de direitos humanos, de aumento das formas políticas de exceção e de autoritarismo social”.

No entanto, e isto merece especial atenção, a Constituição de 1988 adverte que à autoridade estatal incumbe primar pela segurança, entendendo que também consta do rol de suas atribuições, a proteção da integridade física, patrimonial e moral dos indivíduos, como medida de promoção da ordem pública, em prol da convivência social.

De forma bastante clara para nós, há que se fortalecer o entendimento de que é da própria Constituição que emanará o balizamento para a atuação estatal também quando se falar em segurança pública, de maneira especial no tocante às escolhas e decisões relacionadas à intervenção penal, seja pela via legislativa, seja na persecução do autor do crime, que não deixa de ser um cidadão do Estado.

Nesta vereda, lembra Feldens que:

A Constituição enquanto fonte valorativa do Direito Penal indica a própria função orientadora que desempenha a Constituição no processo de escolha das objetividades jurídicas tuteladas pelo legislador penal. Para seguirmos a metáfora do semáforo, a Constituição aqui transmite um sinal amarelo ao legislador, permitindo-lhe que prossiga, com as necessárias cautelas inerentes à atividade criminalizadora, na diagramação dos tipos penais à proteção de determinado bem jurídico. (2012, p. 68)

Resta, assim, confirmado o entendimento de que a Carta de 1988 necessita operar ditando os limites para as ações do Estado Democrático brasileiro, inclusive no campo da segurança pública e da intervenção penal, tornando-se um marco importante para o país até mesmo por ser responsável pela indicação de como deve ser a entrada em cena das políticas de ações, em clara substituição às práticas anteriores.

Deste modo, a partir do que, aliás, já é consagrado pelo texto constitucional, as ações precisam ir além de planos ou programas que representem as pessoas que ocupam os cargos decisórios,

devendo alcançar o *status* de políticas públicas, o que significa, pela lição de Bucci (1996), instrumentos de ação dos governos, caracterizando uma clara substituição dos “governos por leis” (*government by law*) pelos “governos por políticas” (*government by policies*).

E, demonstrando a importância desta alteração de paradigma, Souza (2006, p. 26) explica que “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”. Eis, para nós, a questão fundamental da segurança pública: realizar alterações no modelo perpetrado antes da reabertura democrática e produzir mudanças significativas no mundo real.

No que concerne ao reconhecimento de uma boa política pública na seara da segurança, com prioridade aos direitos humanos, Winfried Hassemer (1994, p.68) explica que “devemos aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e proteção dos Direitos Humanos”, em um cenário onde, para o mesmo autor, “restrições aos direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser guarnecidas com instrumentos que permitam seu controle”.

Dentro desta linha de raciocínio o garantismo de Luigi Ferrajoli (2006) tem contribuição essencial à compreensão deste desafio, ao servir para confirmar a necessidade de, no campo em estudo, não se poder compreender qualquer elaboração de plano ou programa sem o respeito aos direitos e às garantias fundamentais estampados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, enraizando o entendimento de que o que for oferecido pelo Estado aos seus cidadãos é uma parte ou dimensão da concretização do seu direito à segurança individual – a mesma prevista pelo Pacto de San Jose - já mencionada em linhas anteriores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas pretéritas intentaram oferecer ao leitor um panorama geral sobre as ações governamentais brasileiras empreendidas no campo da segurança pública após o período de ditadura militar, destacando, e isto não foi sem um propósito prévio, a ausência de grandes mudanças entre o modelo anterior e o que vem sendo aplicado.

É forçoso reconhecer que as políticas edificadas na esfera da segurança pública após o período militar, embora tenham sido objetos de estudos e de imposição de diferentes governos, jamais foram tidas como uma política de Estado, pois guardaram em si traços que evidenciavam ações simplesmente imediatistas, desprovidas de continuidade e articulação, fazendo com que também fossem eivadas de pouca efetividade.

Tomando tal pensamento como diretriz desta pesquisa, reiteramos aqui a necessidade de que as boas políticas de segurança pública não devem se afastar dos valores esculpidos pela Constituição Federal, trazendo em si a chancela dos ideais democráticos para cada norma editada e a cada ação perpetrada também neste segmento.

A transição de um modelo antidemocrático de segurança pública para uma política de Estado que se auto-intitula Democrático de Direito, precisa adotar o pensamento de que se está diante da perspectiva de algo possível, com a Constituição de 1988 atuando como a pedra angular de um processo de transição democrática que ainda não se completou passados mais de trinta anos da (re)abertura, representando a ruptura com o regime de bases autoritárias instalado no ano de 1964, inaugurando, obviamente, um paradigma que se afaste dos abusos perpetrados, no sentido de que sejam tutelados os direitos fundamentais, tomando sempre a salvaguarda dos direitos fundamentais como parâmetro na relação Estado-cidadão em todos os campos, incluindo o que corresponde à segurança pública.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *In: Tempo Social*. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v.11, n.2, p. 129-153, out.1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n2/v11n2a08.pdf>. Acesso em: 25 de Nov. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. Violência e Realidade Brasileira: civilização ou barbárie? *In: Revista Katál*. Florianópolis v. 11 n. 2 p. 214-224 jul./dez, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa – 1988**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI**, 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Segurança Pública**. Brasília, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. Ano 3, edição 5, p. 100-114, ago./set. 2009.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 2, n. 5, 1994.

LOPES, Edson. **Política e segurança pública: uma vontade de sujeição**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

- NETO, Silvio Couto. **O Movimento de “Lei e Ordem” e a Iniquidade do Controle Social pelo Sistema Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOARES, Luiz Eduardo. A Política nacional de Segurança Pública: históricos, dilemas e desafios. **Estudos Avançados**. V. 20, p.77-97, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/File/10268/11902>. Acesso em: 29 de Nov. 2017.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *In: Sociologias*, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 20 de nov. 2017.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

## CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

(Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos,  
San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)

### PREÂMBULO

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

**Reafirmando** seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

**Reconhecendo** que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

**Considerando** que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

**Reiterando** que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

**Considerando** que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria.