



*Sobre a Revista*  
*Última Edição*  
*Edições Anteriores*  
*Normas*  
*Chamada de Trabalhos*  
*Contatos*

# Direito

Revista da Faculdade de Direito  
Centro Universitário Padre Anchieta  
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

**UNIAnchieta**

**CONSELHO EDITORIAL:**

*Claudinei Coletti*

*Cláudio Antonio Soares Levada*

*Ivone Silva Barros*

*João Carlos José Martinelli*

*Lucia Helena Andrade Gomes*

*Mauro Alves de Araujo*

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

*Simone Zanotello*

*Tereza Cristina Nascimento Mazzotini*

**ORGANIZAÇÃO:**

*Claudinei Coletti*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

---

## APRESENTAÇÃO

Apresentamos ao leitor o **número 23** da Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Os artigos apresentados neste número abordam as mais diferentes questões, todas ligadas, de uma forma ou de outra, à reflexão do Direito como fenômeno jurídico inserido num determinado contexto histórico-social e à discussão de temas ligados às Ciências Sociais em geral.

**Simone Zanotello de Oliveira**, em seu artigo intitulado “*O recurso hierárquico nas licitações e contratações*”, analisa a importância do “recurso” como instituto para dirimir conflitos entre as partes num processo de licitação e, dentre os recursos, discute com detalhes os “hierárquicos”, apresentando cada uma das ocorrências nas quais eles são cabíveis. **Claudinei Coletti**, em “*Desenvolvimentismo e neoliberalismo no Brasil*”, apresenta uma discussão sobre os dois projetos que têm se confrontado na história política recente do Brasil: de um lado o desenvolvimentismo, baseado na intervenção do Estado na economia, de outro o neoliberalismo, baseado na defesa das forças de mercado e na ideia de Estado mínimo. Se o primeiro prevaleceu durante as décadas de industrialização da economia brasileira (1930-1980) e durante os governos petistas de Lula e Dilma Rousseff, o segundo predominou na década de 1990 (governos Collor, Itamar e Fernando Henrique Cardoso) e parece preparar seu retorno no governo Temer. **Paulo Eduardo Vieira de Oliveira e Estela Cristina Vieira de Siqueira**, no artigo intitulado “*Imigração ilegal no Direito Internacional do Trabalho: desafios à proteção de direitos*” analisam a situação dos trabalhadores imigrantes no mundo globalizado à luz da “Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias”, a primeira a versar sobre a garantia de direitos trabalhistas aos trabalhadores ilegais, adotada pela Resolução 45/158 de 1990 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em vigor desde 2003. Como observam os autores, acolhida entre os países de origem dos imigrantes (os chamados “países em desenvolvimento”), a Convenção de 1990 não obteve o mesmo sucesso entre os países para onde os imigrantes se deslocam. Em sua vasta maioria, os países desenvolvidos rejeitaram e não ratificaram essa Convenção. **Pietro Nardella-Dellova**,

em “*Racismo e exclusão: uma reflexão a partir da gestão do governo do Estado de São Paulo*” aborda a questão do uso dos recursos naturais, especialmente da água, e a crise hídrica, relacionando-as à prática de racismo na gestão governamental. O governo, em meio à recente crise hídrica, ao priorizar, na distribuição da água, as áreas nobres e centrais em detrimento das periféricas – a periferia paulistana abriga grande contingente de população indígena, africana, imigrante e nordestina --, praticou um racismo velado, ao privilegiar pessoas que poderiam utilizar-se desse recurso sem impedimentos, em detrimento daquelas que sofreram cortes não-oficiais -- se houvesse o racionamento oficial, o governo seria obrigado a submeter as áreas nobres e centrais aos mesmos cortes de água impostos de maneira abrupta e sem aviso prévio às periferias. **Wanderley Todai Jr.**, em “*Possibilidades de aproximação entre Marx e Schmitt: notas para uma crítica do liberalismo nacional*” procura, ao traçar uma aproximação entre a economia política de Marx e a teoria da soberania estudada por Schmitt, levantar elementos que demonstrem a vinculação social, política e teórica existente entre o pensamento liberal brasileiro, especialmente da UDN, e a possibilidade de suspensão dos mecanismos institucionais da democracia formal, por meio do chamado Estado de Exceção. **João Carlos José Martinelli**, no artigo intitulado “*A informação como direito fundamental e o equilíbrio com os direitos de personalidade*” discorre sobre o aparente conflito existente nas democracias contemporâneas entre dois direitos de cidadania: o direito à informação (dos veículos de comunicação) e o direito à privacidade. Como a nossa Constituição acolhe a ambos, seria possível afirmar que a atividade de comunicação pode violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas? – eis a questão que o autor procura responder com sua interessante reflexão. **Juliana Caramigo Gennarini e Carolina Yaly**, no artigo “*Ativismo judicial e o cometimento de crime de responsabilidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal*” analisam as causas do atual ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, bem como as prováveis consequências da eventual aprovação do Projeto de Lei 4754/2016, o qual amplia o rol de crimes de responsabilidade dos Ministros do STF, numa clara reação à intromissão do Poder Judiciário em matérias de competência dos demais poderes. **João Jampaulo Júnior**, em “*O princípio da dignidade humana e a qualidade de vida*” discute a qualidade de vida como direito fundamental, diretamente

ligado ao princípio (aberto) da dignidade da pessoa humana. A sociedade, segundo o autor, deve oferecer às pessoas os recursos necessários à manutenção de uma existência digna, bem como condições para o desenvolvimento de suas potencialidades, conforme estabelecido pelo espírito do constituinte de 1988. **Marcus Vinícius Ribeiro**, no artigo “*Fundamentos filosóficos dos direitos humanos: a justiça*”, apresenta, de forma sucinta, a concepção de justiça presente em diversos autores – Platão, Aristóteles, Kant, John Rawls, Thomas Hobbes etc. --, reflexão esta a mais importante da Filosofia do Direito. **Claudemir Battalini**, em “*Direito Ambiental Constitucional: a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*”, analisa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição para a garantia da dignidade da pessoa humana e para a efetividade de outros direitos fundamentais – à vida, à saúde etc. Segundo o autor, a proteção do homem e de sua dignidade passa, necessariamente, pela proteção do seu ambiente, que também é direito fundamental. Por fim, **Ricardo Rodrigues Gama**, em “*Exercício regular de direito e responsabilidade civil*”, analisa, dentre as excludentes de ilicitude, o “exercício regular do direito” com vistas ao Direito Civil, previsto no art. 188, Inc.I, do Código Civil.

Convém ressaltar, uma vez mais, que a preocupação fundamental da nossa Revista é a discussão teórica e doutrinária de temas de importância jurídica e social.

Acreditamos que tais discussões sejam fundamentais para a formação e atualização de professores, alunos e demais profissionais do Direito preocupados em refletir sobre as transformações recentes da realidade social e do fenômeno jurídico.

*Prof. Dr. Claudinei Coletti*

---

**SUMÁRIO**

<b>O RECURSO HIERÁRQUICO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES .....</b>	<b>7</b>
<i>Simone Zanotello de Oliveira</i>	
<b>DESENVOLVIMENTISMO E NEOLIBERALISMO NO BRASIL .....</b>	<b>29</b>
<i>Claudinei Coletti</i>	
<b>IMIGRAÇÃO ILEGAL NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO: DESAFIOS À PROTEÇÃO DE DIREITOS .....</b>	<b>49</b>
<i>Paulo Eduardo Vieira de Oliveira Estela Cristina Vieira de Siqueira</i>	
<b>RACISMO E EXCLUSÃO NA DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA GESTÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO .....</b>	<b>68</b>
<i>Pietro Nardella-Dellova</i>	
<b>POSSIBILIDADES DE APROXIMAÇÃO ENTRE MARX E SCHMITT: NOTAS PARA UMA CRÍTICA DO LIBERALISMO NACIONAL.....</b>	<b>91</b>
<i>Wanderley Todai Jr.</i>	
<b>A INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O EQUILÍBRIO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>108</b>
<i>João Carlos José Martinelli</i>	
<b>ATIVISMO JUDICIAL E O COMETIMENTO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>129</b>
<i>Juliana Caramigo Gennarini Carolina Yaly</i>	
<b>O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A QUALIDADE DE VIDA .....</b>	<b>135</b>
<i>João Jampaulo Júnior</i>	
<b>FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS: A JUSTIÇA.....</b>	<b>142</b>
<i>Marcus Vinicius Ribeiro</i>	
<b>DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>150</b>
<i>Claudemir Battalini</i>	
<b>EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>160</b>
<i>Ricardo Rodrigues Gama</i>	

---

## O RECURSO HIERÁRQUICO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

*Simone Zanotello de Oliveira*<sup>1</sup>

### **Resumo**

A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública busca a proposta mais vantajosa para atender ao interesse público, fazendo surgir, com isso, uma série de atos expedidos pelas respectivas autoridades competentes na condução dos certames. E nessa atuação verificamos o surgimento de uma série de conflitos, em virtude do interesse que cada parte representa no processo licitatório – Administração Pública, licitantes e população. E, para dirimir esses conflitos, é que aparece o instituto do recurso (em sentido lato), abrangendo as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário. No que tange aos recursos hierárquicos, trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, a qual poderá exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhar o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”). Destacamos que o recurso hierárquico é cabível nas seguintes ocorrências: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; e f) aplicação das penas de advertência, de suspensão temporária ou de multa.

---

<sup>1</sup> Advogada e consultora jurídica. Mestre em Direito da Sociedade da Informação (ênfase em políticas públicas com o uso da TI) pela UniFMU-SP. Pós-graduada em Administração Pública e em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiá-SP. Autora de diversas obras e artigos jurídicos e literários. Integrante da Academia Jundiáense de Letras Jurídicas e da Academia Jundiáense de Letras. Colaboradora das revistas “O Pregoeiro”, “Negócios Públicos” e “Licicon”, da Editora Negócios Públicos – Curitiba-PR. Blog: [sizanotello.blogspot.com.br](http://sizanotello.blogspot.com.br)

**Palavras-chaves:** licitação – recurso – recurso hierárquico

## **Introdução**

À guisa de início, convém trazer à pauta o conceito de licitação. Segundo Hely Lopes Meirelles, temos que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.<sup>2</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.<sup>3</sup>

E, de acordo com o saudoso Diogenes Gasparini:

Licitação é o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.<sup>4</sup>

Portanto, analisando esses conceitos elaborados pelos mais tradicionais juristas do nosso Direito Administrativo, podemos verificar duas definições que são comuns entre eles: que a licitação é um “procedimento administrativo” e que “visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”.

Por ser um procedimento administrativo, a licitação pressupõe a existência de um somatório de atos administrativos ordenados que vinculam a Administração e os licitantes, dependentes uns dos outros, no qual o ato antecedente fundamenta o

---

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 256.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 501.

<sup>4</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 477.

consequente, com vista a um resultado final e conclusivo. E na realidade é isso que ocorre, pois a licitação é uma sucessão ordenada de atos, desde a sua fase interna (reserva de recursos, abertura de processo, elaboração e análise de edital ou carta-convite), até a sua fase externa (expedição de edital ou carta-convite, verificação das condições de habilitação, julgamento das propostas, adjudicação, homologação e contratação), os quais seguem estritamente os preceitos legais, sem qualquer discricionariedade por parte dos administradores públicos, pois, do contrário, nulo se tornaria esse procedimento, além do contrato subsequente.

No que tange à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, devemos traduzi-la, também, como uma proposta vantajosa para o interesse público, já que a Administração possui a representação dos cidadãos. Ademais, a busca da proposta mais vantajosa, além de uma das finalidades da licitação, representa o direito dos licitantes de participar de um procedimento que proporcione tratamento igualitário entre os concorrentes. Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

Essa dupla finalidade – obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados – é a preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.<sup>5</sup>

Diante desse panorama, somente um procedimento licitatório competitivo pode garantir a seleção da proposta vantajosa, atendendo à definição do que é licitação.

Por outro giro, a licitação, como sendo o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública busca a proposta mais vantajosa para o interesse público, faz surgir uma série de atos, expedidos pelas respectivas autoridades competentes, na condução dos certames.

Com isso, verifica-se uma atuação muito intensa da Administração Pública e dos particulares que desejam firmar contratações com ela, sem se esquecer da própria população.

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 257.

No entanto, dessa atuação certamente surgem conflitos, em virtude do interesse que cada parte representa. A Administração Pública busca a defesa do interesse público em suas ações, com respeito à lei e aos princípios. Do outro lado, os particulares, em especial os licitantes, possuem como interesse obter a contratação pretendida, a fim de disponibilizarem seus produtos e serviços à Administração, fazendo com que a economia, baseada no capitalismo, tenha seu desenvolvimento. A população, por sua vez, tem interesse em que a Administração Pública faça uma boa gestão do dinheiro público, baseada numa política de governo devidamente planejada, com vista ao alcance dos interesses da coletividade, sempre se pautando pelos princípios da igualdade e da legalidade, como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito.

E, para dirimir esses conflitos, é que aparece o instituto do recurso (em sentido lato), abrangendo as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário.

O vocábulo *recurso* provém da palavra latina *recursus* que indica a possibilidade de voltar, ao passo que o verbo *recorrer*, que também provém do latim – *recurro* – significa *correr para trás ou retroceder*<sup>6</sup>. Portanto, o recurso vem como forma de remeter uma ideia a um novo curso, para que a matéria seja reapreciada, resultando em outra decisão.

Ainda, conforme nos ensina Sérgio de Andréa Ferreira:

O recurso é remédio impugnativo inerente às garantias do ‘devido processo legal’, do ‘contraditório’ e da ‘ampla defesa’, consoante o disposto no art. 5º., LIV e LV, da Constituição Federal.<sup>7</sup>

O recurso tem como característica a sua apresentação no próprio contexto processual em que as decisões que o ocasionaram foram proferidas, mantendo em curso

---

<sup>6</sup> Definições trazidas por Jair Eduardo Santana, na obra **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008, p. 297.

<sup>7</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 176.

a relação jurídico-processual, sendo que por essa razão ele é “interposto” e não “proposto”. E, por ele se inserir no contexto da relação processual licitatória, entendemos que acaba por tornar litigioso o processo de licitação.

Na Lei Federal 8.666/93, parte desses recursos é regulada pelo art. 109<sup>8</sup>, cuja explanação faremos a seguir.

## 1. O recurso hierárquico

Trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, no prazo de cinco dias úteis após essa ocorrência (ou em dois dias úteis na hipótese da modalidade convite).

---

<sup>8</sup> Art. 109. *Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*  
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

Interposto o recurso, a autoridade que o recebe (aquela que expediu o ato) promove um prévio juízo sobre o cumprimento dos pressupostos recursais e com relação ao próprio ato, para verificar a possibilidade de seu conhecimento, bem como realiza a definição acerca do efeito em que será recebido (devolutivo/suspensivo).

Paralelamente a essa ação, se o recurso referir-se a atos de habilitação ou inabilitação de licitantes, julgamento de propostas ou anulação ou revogação da licitação quando no decurso de seu processamento (ou seja, após a abertura), sua interposição deverá ser comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis, trazendo as contrarrazões no sentido do seu não provimento.

Nas hipóteses de indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, na rescisão unilateral do contrato e na aplicação de penalidades, como está se tratando com um só interessado, não se vislumbra a necessidade de abertura do prazo de impugnação.

Terminado o prazo de impugnação, a autoridade que expediu o ato deverá analisar as razões de recurso e as eventuais contrarrazões, podendo exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhando o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”). O prazo para a reconsideração da decisão por parte da autoridade que expediu o ato é de cinco dias úteis, que deverá ser contado do término do prazo recursal ou do término do prazo de impugnação, quando esse for concedido. Caso a autoridade não se retrate, nesse mesmo prazo de cinco dias úteis ela deverá fazer subir o recurso à autoridade superior, devidamente instruído, a qual também terá o prazo de cinco dias úteis para proferir sua decisão, a contar do recebimento do processo. Dessa decisão da autoridade superior não caberá mais recurso administrativo.

O recurso hierárquico é cabível nas seguintes ocorrências:

**a) habilitação ou inabilitação do licitante.**

As condições de habilitação do licitante no certame estão previstas nos artigos 27 a 33 da Lei Federal 8.666/93, inclusive quando se permite a participação na licitação

de empresas compostas sob a forma de consórcio. Esses artigos tratam das exigências de habilitação que poderão ser trazidas ao edital, visando a verificar a situação da empresa em questões jurídicas, fiscais, previdenciárias, financeiras, econômicas e técnicas. Tais exigências são apresentadas com o intuito de efetivamente se contratar quem possui condições para tanto. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também, na acepção definida pela doutrina processualista. O direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório. Essas exigências referem-se quer à pessoa do licitante quer à proposta formulada. A Lei e o ato convocatório estabelecem certos requisitos como indispensáveis para a disputa. A esses requisitos podemos denominar de ‘condições do direito de licitar’.<sup>9</sup>

A decisão quanto à habilitação ou inabilitação do licitante far-se-á com base nas disposições legais citadas e nas condições estipuladas no edital, que conduzirão, em tese, a uma contratação válida, sendo que esse embasamento se faz presente por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da Lei Federal 8.666/93: “*A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*”

Em suma, para qualquer violação a direito na fase de habilitação, e aqui estamos tratando das modalidades de licitação exceto o pregão (que terá tratamento diferenciado), caberá recurso hierárquico, devidamente fundamentado, o qual poderá conter pedido no sentido de o recorrente tornar-se habilitado no certame (caso não tenha sido), o que denominamos de um “interesse direto”, ou para solicitar a inabilitação dos concorrentes que tenham sido habilitados indevidamente, ou seja, um “interesse indireto”.

#### **b) Julgamento das propostas:**

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 381.

Após a fase de habilitação, a licitação terá prosseguimento com a abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados (exceto o pregão, destaca-se novamente), desde que tenha transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou que tenha havido desistência expressa dos participantes, ou após o julgamento dos recursos interpostos. Tal ação deverá ser efetivada tanto na abertura das propostas comerciais quanto das técnicas, na hipótese de licitação do tipo “técnica e preço” ou “melhor técnica”.

Nesse quesito, é importante observar a necessidade de divulgação da data de abertura das propostas, quando essa não ocorre no mesmo dia em que foram abertos os envelopes de documentação, em razão de questões recursais. A legislação não apresenta forma específica para essa convocação, apenas dispendo que a abertura será realizada em ato público previamente designado (art. 43, § 1º.). No entanto, considerando que a licitação não é um ato sigiloso, sendo públicos e acessíveis todos os seus procedimentos (art. 3º., § 3º.), convém divulgar essa data de abertura mediante publicação em imprensa oficial, para que seja da ciência de todos, e não só dos licitantes, sem prejuízo de uma comunicação pessoal a estes últimos, tornando o procedimento mais transparente.

Nesse momento, a autoridade competente fará o julgamento e a classificação da proposta, levando-se em conta o tipo de licitação estipulada (menor preço, técnica e preço, melhor técnica ou melhor lance ou oferta) e verificando sua conformidade com os requisitos do edital, não se esquecendo, principalmente, no caso da proposta comercial, da verificação dos preços com os praticados no mercado, fixados por órgão oficial ou constantes do sistema de registro de preços ou do banco de dados do órgão (art. 43, inc. IV, da Lei Federal 8.666/93).

O julgamento das propostas possui embasamento nos arts. 44 a 48 da Lei de Licitações e qualquer ausência de cumprimento a esses critérios de análise e aceitabilidade ensejará a interposição de recurso. Conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles:

A desconformidade com o edital é de fácil verificação, pois basta o confronto da proposta com o pedido pela Administração para se evidenciarem as divergências, tanto na forma de apresentação, que

deve atender aos requisitos estabelecidos, como no conteúdo da oferta, que deve conter-se nos limites fixados.<sup>10</sup>

Finalizando, os pedidos para esse tipo de recurso concentram-se, basicamente, na revisão do julgamento da proposta no sentido de classificá-la (interesse direto - por quem não tenha obtido tal sucesso), ou para desclassificar eventuais propostas classificadas de outros concorrentes que não venham a cumprir algum desses requisitos – interesse indireto.

### **c) anulação ou revogação da licitação:**

Os institutos da revogação e da anulação de uma licitação estão dispostos no art. 49 e parágrafos da Lei Federal 8.666/93.

A **revogação** diz respeito ao desfazimento da licitação por razões de oportunidade e conveniência do administrador, pautadas pelo interesse público. Portanto, não se trata do desfazimento do ato por defeito ou vício, já que este, para ser revogado, necessita ser válido, perfeito, legítimo e capaz de produzir efeitos.

O ato de revogação deverá ser devidamente motivado, com o objetivo de formar um nexo entre o fato concreto e a oportunidade e conveniência em realizar o desfazimento do certame. Deve ser decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. No dizer sempre expressivo de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito “hoje” sobre o que foi produzido “ontem”, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 285.

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 431.

Ademais, a revogação da licitação apresenta efeitos “*ex nunc*”, ou seja, a partir da decisão, não retroagindo a atos passados. Isso porque, como já foi dito, somente se revoga o que era válido, perfeito, legítimo e capaz de produzir efeitos.

Em conformidade com o “caput” do referido art. 49, a competência para promover a revogação cabe à mesma autoridade responsável pela aprovação do procedimento, a qual será determinada por meio de normatização do órgão relativa à sua organização e atribuição de funções. Essa autoridade deverá manifestar-se por meio de parecer escrito e devidamente fundamentado.

Já a **anulação** diz respeito ao reconhecimento de vícios na licitação ou no julgamento, pela própria Administração, ensejando o seu desfazimento e o de seus efeitos. Trata-se da verificação de vício de legalidade, que impede o prosseguimento do certame, por ferir não só a lei, mas também os princípios que regulam o processo licitatório.

O ato de anulação também deverá ser devidamente motivado, contendo a identificação clara de qual ilegalidade foi cometida. Ele poderá ser efetuado em qualquer fase da licitação e a qualquer tempo, sempre que verificado o descumprimento das normas legais e editalícias. De acordo com o disposto no art. 49, § 2º., a anulação da licitação induz a do contrato. Ainda na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar. Enquanto na revogação é a inconveniência que suscita a reação administrativa, na invalidação é a ofensa ao direito.<sup>12</sup>

Ela opera com efeitos “*ex tunc*”, ou seja, que retroagem às origens do ato e, em princípio, não sujeita a Administração a qualquer indenização, visto que ela possui o dever de reparar os atos ilegais. No entanto, de acordo com o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 441.

outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Conforme o “caput” do art. 49, a autoridade competente para a aprovação do procedimento também será responsável por sua anulação, fazendo-a por meio de parecer escrito e fundamentado.

Por fim, temos que o art. 49, § 3º. dispõe que, nas hipóteses de desfazimento do processo licitatório, por meio da revogação ou da anulação, há que assegurar o contraditório e a ampla defesa. Logo, além de indicar a motivação, a Administração deverá dar oportunidade aos interessados para que se manifestem com relação ao ato a ser emanado, ocasião em que poderão expor alegações, produzir provas, etc. Essa cientificação deverá ser feita por escrito, diretamente aos interessados, concedendo-se o prazo de cinco dias úteis para eventual apresentação de razões para a não realização do ato. Trata-se de uma defesa prévia que poderá ser produzida pelo interessado, anterior à expedição do ato anulatório ou revocatório, sem prejuízo do recurso previsto no art. 109, inc.I, alínea “c”, o qual poderá ser interposto após a efetivação do ato, via publicação em órgão de imprensa oficial.

**d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento:**

As diretrizes que norteiam o instituto do registro cadastral para a participação nas licitações estão dispostas nos arts. 34 a 37 da Lei Federal 8.666/93 e a obtenção do Certificado de Registro Cadastral constitui-se numa faculdade do licitante, mesmo nos casos de licitações na modalidade Tomada de Preços, pois embora ela seja destinada a empresas devidamente cadastradas, o art. 22, § 2º, abriu a possibilidade de participação também para aqueles licitantes que atendam a todas as condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Para a obtenção do Certificado de Registro Cadastral, que terá validade máxima de um ano, podendo ser renovado desde que atendidas novamente às exigências, o interessado deverá efetuar requerimento ao órgão, demonstrando o cumprimento das condições de habilitação previstas nos arts. 27 a 31 da lei, por meio da apresentação dos

respectivos documentos, e indicando a(s) categoria(s) de atuação, em conformidade com sua especialização. Tal procedimento também deverá ser efetivado nas renovações.

O Certificado de Registro Cadastral poderá ser alterado, suspenso ou cancelado caso o inscrito deixe de satisfazer qualquer uma das exigências dispostas nos referidos arts. 27 a 31, ou mesmo as regras do próprio cadastramento, contidas em regulamento próprio do órgão.

Após o término da análise da documentação apresentada, por comissão devidamente designada, tanto para registro como para alteração, deverá ser confeccionado o respectivo Certificado, ou então ser dada ciência ao interessado acerca dos motivos do indeferimento do pedido, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*, com comprovante de recebimento). É a partir desse momento que surge o direito ao recurso previsto no art. 109, inc. I, alínea “d”.

O eventual cancelamento por parte da Administração, do cadastro do interessado já inscrito, também gera o direito a recurso previsto nesse mesmo dispositivo legal, após a devida notificação do interessado.

O teor do recurso com relação a este tópico infere-se, basicamente, no pedido da revisão da decisão objetivando a inscrição no registro ou a sua alteração, ou ainda para tornar sem efeito o cancelamento efetuado.

#### **e) rescisão unilateral do contrato:**

Inicialmente, a rescisão dos contratos administrativos poderá se dar por três formas: rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração (rescisão administrativa), rescisão amigável por acordo entre as partes e rescisão judicial. Mas somente a rescisão unilateral gera o direito à interposição do recurso previsto no art. 109, inc. I, alínea “e”.

A rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração está disposta no art. 79, I, da Lei Federal 8.666/93, e somente será cabível nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78. Essas ocorrências dizem respeito, notadamente, à atuação do contratado de forma indevida, prejudicando a execução do contrato, exceto no inc. XII, que dispõe sobre a possibilidade da rescisão unilateral dar-

se por razões de interesse público. Apenas para comentário, salientamos que os incisos XIII a XVII do mesmo art. 78, que não resultam na rescisão unilateral, referem-se a atuações da própria Administração, que poderão ensejar o rompimento do contrato, mas que não dão o direito ao contratado à rescisão unilateral por sua parte, já que ele não possui tal prerrogativa.

Embora o inciso XVIII não esteja expressamente disposto no art. 79, como motivo para a rescisão unilateral, em razão de ter sido introduzido pela Lei 9.854/99, entendemos que se trata de uma ocorrência que a enseja.

Em continuidade, é fato que podemos afirmar que, caso se caracterize o inadimplemento contratual, a rescisão não se impõe como uma faculdade, mas como um dever da Administração, em razão da necessidade de uma boa gestão dos negócios públicos.

Temos, ainda, que de acordo com o art. 78, parágrafo único, os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, visto que a decisão acerca da intenção em rescindir o contrato deverá ser objeto de cientificação ao contratado, para que esse possa conhecer do processo e oferecer suas contra-argumentações.

Em virtude disso, antes de se efetivar a rescisão unilateral, o contratado deverá ser notificado, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*), com o devido comprovante de recebimento, concedendo-lhe o prazo de cinco dias úteis para apresentação de defesa prévia. Caso a Administração acolha os motivos de defesa, a rescisão não será efetivada. Do contrário, se após análise dos órgãos competentes, não houver o acolhimento das razões de defesa, a rescisão unilateral poderá ser formalizada, com a devida publicação de seu resumo em órgão de imprensa, a exemplo do que ocorreu por ocasião da publicação do extrato do contrato.

Por fim, dessa decisão efetiva acerca da rescisão unilateral, caberá recurso por parte do contratado no prazo de cinco dias úteis, nos termos do art. 109, inc. I, alínea “e”, com o objetivo de revê-la para que seja dada continuidade no contrato, se o caso.

As demais formas de rescisão não oferecem a possibilidade de interposição de recurso administrativo com base nesse inciso, visto que, logicamente, na rescisão amigável registrou-se o acordo entre as partes, não havendo motivos para o

descontentamento, e na rescisão judicial, por sua vez, o exercício do contraditório e da ampla defesa, inclusive com os recursos cabíveis, será realizado em juízo.

**f) aplicação das penas de advertência, de suspensão temporária ou de multa:**

As sanções administrativas, decorrentes da inexecução total ou parcial dos contratos, estão previstas nos arts. 86 a 88 da Lei Federal 8.666/93, e justificam-se pela **teoria da relação de sujeição especial**, por meio da qual as pessoas que desejam travar relações com a Administração estão sujeitas a normas especiais dispostas por ela, sem a necessidade de lei ou de tipificação em sentido estrito a exemplo do que ocorre na seara penal.

A aplicação dessas sanções, além de devidamente motivada, deverá ser pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, efetuando-se a justa compatibilização entre a situação fática no caso concreto e a penalidade a ser aplicada. Não é raro verificarmos condutas semelhantes serem penalizadas com sanções diferentes, bem como condutas graves serem apenadas com sanções menos severas e vice-versa. Portanto, sanções desarrazoadas ou desproporcionais deverão ser objeto de questionamento por parte do contratado.

Por outro giro, a aplicação de sanções não se constitui numa faculdade da Administração, mas sim num dever, quando presentes os pressupostos que a fundamentam. Conforme dispõe Marçal Justen Filho:

Insiste-se na tese da impossibilidade de atribuição de competência discricionária para imposição de sanções, mesmo quando se tratar de responsabilidade administrativa.<sup>13</sup>

Não se configura como uma ação discricionária, mas sim vinculada, conforme preceitua Joel de Menezes Niebuhr:

---

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 852.

Trata-se, a toda vista, de ato vinculado. Melhor explicando, o agente administrativo não dispõe de liberdade para decidir se instaura ou não o pertinente processo administrativo e se aplica ou não as sanções. Ele está, por imperativo legal, obrigado a fazê-lo, independentemente da conveniência ou da oportunidade da medida. E, se ele não o fizer, estará cometendo ilícito administrativo, em razão do qual pode vir a sofrer processo disciplinar, bem como responder processo por crime de responsabilidade. Em síntese, a abertura do processo administrativo e a aplicação das sanções constituem obrigação dos agentes administrativos.<sup>14</sup>

Com relação à advertência, prevista no art. 87, inc. I, da Lei 8.666/93, é uma sanção para ser aplicada a situações de descumprimento do contrato que não causem grandes prejuízos à Administração, de natureza mais leve. Pode até mesmo ser cumulada com a pena de multa, e somente com ela. De acordo com Marçal Justen Filho:

A advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade. Supõe-se sua aplicação para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta. A advertência pode ser cumulada com a multa, mas não com as demais espécies sancionatórias.<sup>15</sup>

A aplicação dessa penalidade deverá apresentar, como elemento acessório, a ciência do contratado de que ele deverá mudar sua atitude em relação a questões que estão em desconformidade com o contrato, e que, na hipótese de reincidência, haverá a aplicação de penalidades mais severas.

Por outro lado, o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa **moratória**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. A multa de mora possui disciplinamento no art. 86 da Lei 8.666/93. Nesse caso, frisamos a necessidade de constar o percentual dessa multa no edital ou no contrato, sob pena de impossibilidade de aplicação, visto que a lei não dispõe sobre esses percentuais. Atualmente, temos verificado nos editais expedidos pelos mais diversos órgãos, que o montante da multa de mora gira em torno de 0,01% a 1% por dia

---

<sup>14</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba : Zênite, 2008, p. 632.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 855.

de atraso. Percentuais mais elevados poderão ser configurados como abuso, ensejando a necessidade de modificação do edital.

Com relação à multa pela inexecução total ou parcial do contrato, considerada de natureza **compensatória**, prevista no art. 87, inc. II, da Lei 8.666/93, esta tem sido apresentada pelos editais com o montante de 10% a 20% (sendo mais indicado 10%), também sob pena de ser considerada exorbitante, valendo as mesmas observações feitas para a multa moratória.

A aplicação da multa não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato, garantido o contraditório e a ampla defesa, juntamente com a aplicação de outras sanções previstas na lei.

A outra sanção diz respeito à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, de acordo com o art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93. Trata-se de uma sanção a ser aplicada em casos de maior gravidade, pois retira do contrato o direito de manter vínculo com a Administração, também podendo ser cumulada com a pena de multa.

Conforme nos ensina Marçal Justen Filho:

Pode admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar comporta aplicação nas hipóteses de culpa grave e em situações em que o dolo não se traduza nas condutas de maior reprovabilidade. Seria a sanção cabível para casos em que o sujeito infringiu gravemente o dever de diligência, propiciando a consumação de séria lesão aos interesses fundamentais. Ainda que se entenda que o sujeito não está absolutamente impedido de manter vínculo com a Administração Pública, conclui-se que há a necessidade de preservação dos interesses fundamentais mediante o afastamento daquele sujeito.<sup>16</sup>

Ela se contrapõe à sanção de declaração de inidoneidade, para a qual o dolo passa a ser um elemento subjetivo fundamental para a sua aplicação, e que terá o “pedido de reconsideração” como recurso cabível.

Embora haja muitas divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão da aplicabilidade da suspensão, ou seja, se abrange toda a Administração

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 860.

Pública ou está adstrita somente ao órgão ou entidade que a aplicou, adotamos este último posicionamento, em razão da interpretação advinda da redação legislativa, que no art. 87, inc. III, dispõe apenas o vocábulo “Administração”, que de acordo com o art. 6º., inc. XII, da Lei 8.666/93, é o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, ao passo que o art. 87, inc. IV, que dispõe sobre a aplicação da pena de declaração de inidoneidade, utiliza-se do vocábulo “Administração Pública”, que é definida no art. 6º., inc. XI, como a “administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

É importante salientar que as penalizações apresentadas contam com a figura do contraditório e da ampla defesa, que deverá ser exercida em ato anterior à sua aplicação. Portanto, o contratado deverá ser ouvido antes que a penalidade seja imputada, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*, com comprovante de recebimento), concedendo-se um prazo de cinco dias úteis para manifestação, ocasião em que o contratado poderá expor suas razões de defesa prévia. Caso haja o acolhimento dessas razões, a penalidade não será efetivada. Por outro lado, se as razões de defesa não forem objeto de acolhimento por parte da autoridade competente, a sanção será aplicada.

O recurso deverá ser interposto perante a mesma autoridade que aplicou a sanção de advertência, multa ou suspensão, sendo que essa competência é estabelecida de acordo com as normas de cada entidade. Assim como ocorre com os outros tópicos, se a autoridade concluir pela manutenção da penalidade, o processo deverá ser submetido à autoridade superior para análise e decisão.

O pleito com relação a este item reside basicamente na retirada ou no abrandamento da(s) sanção(ões) aplicada(s), que somente serão possíveis se restar configurada a situação de força maior, caso fortuito, fato de terceiro ou álea administrativa que escuse o contratado da penalização.

## **2. Aspectos gerais do recurso hierárquico**

Para concluir este tema relativo aos recursos hierárquicos, no que tange aos seus efeitos, temos que todos possuem o efeito “devolutivo”, ou seja, submetendo a questão à autoridade prevista em lei ou superior hierárquico, visando ao reexame da matéria. Nesse quesito, embora em tese o efeito devolutivo seja comum a todos os recursos, na prática nem sempre esse efeito se concretiza, pois se houver a retratação por parte da autoridade que expediu o ato, o recurso, em tese, não será “devolvido” à autoridade superior.

Com relação ao efeito “suspensivo”, que impede o prosseguimento dos efeitos da decisão, é cabível apenas nos casos em que a lei atribuir tal efeito. Tal afirmação encontra guarida inclusive no Direito Espanhol<sup>17</sup>, no sentido de que a interposição do recurso não suspende por si só a eficácia do ato impugnado, salvo nos casos em que há disposição expressa para isso.

Nesse contexto, temos que a Lei Federal 8.666/93 dispõe que apenas os recursos referentes à habilitação ou inhabilitação do licitante e ao julgamento das propostas é que possuem o efeito suspensivo, promovendo a interrupção do processo até a decisão final, inclusive com o intuito de se evitar o conhecimento antecipado de situações que possam interferir no julgamento da licitação. Como exemplo dessa ocorrência, podemos citar a realização da abertura de uma proposta de um licitante numa concorrência, que inclusive apresenta o menor preço, ainda na pendência de análise e conclusão acerca do recurso referente à fase documental, e depois se concluir que esse licitante não apresenta condições de habilitação.

No entanto, a lei também dispõe a faculdade do recebimento dos demais recursos com o efeito suspensivo, por meio de um juízo discricionário do administrador, desde que tal ato seja motivado e se fundamente em razões exclusivamente de interesse público, nos casos em que houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão. É o que nos ensina Marçal Justen Filho:

---

<sup>17</sup> *Sin embargo, la interposición del recurso no suspende por sí misma la eficacia del acto impugnado, como ya sabemos, salvo en los concretos supuestos en que una disposición así lo establezca expresamente con carácter excepcional (...).* (ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004, p. 543.)

A lei faculta a atribuição de efeito suspensivo a outros casos, o que exige decisão em ato motivado, que invoque razões vinculadas à realização dos interesses fundamentais, cuja tutela foi atribuída ao Estado. A Administração Pública deverá indicar os fundamentos pelos quais atribui ou denega efeito suspensivo ao recurso.<sup>18</sup>

Para essa problemática, observemos o exemplo trazido por Carlos Ari Sundfeld, na hipótese de recurso em face de aplicação de penalidade de suspensão temporária:

[...] Basta o interessado mostrar seu interesse de ingressar em certame licitatório a ocorrer brevemente para caracterizar o ‘periculum in mora’. De fato, se não for suspensa de imediato a penalidade, quando julgado procedente o recurso o prejuízo já terá ocorrido.<sup>19</sup>

Outra questão diz respeito à forma de intimação do recurso. Como já vimos, de acordo com o § 1º. do art. 109, a intimação dos atos de julgamento da habilitação e das propostas, a anulação e a revogação do certame, a rescisão do contrato e a aplicação da pena de suspensão, serão feitas mediante publicação em órgão de imprensa oficial. As demais ocorrências poderão contar com intimação direta ao interessado. No que tange aos atos de julgamento da habilitação e das propostas, a lei também dispõe uma ressalva no sentido de que a comunicação poderá ser feita diretamente na ata de abertura da sessão, quando presentes todos os prepostos das empresas. No entanto, na prática, temos verificado uma flexibilização com relação a essa exigência, visto que os órgãos estão adotando outras formas de comunicação nas hipóteses de não comparecimento dos licitantes na sessão. Trata-se da utilização do fax ou do *e-mail* para essa cientificação.

Nesse quesito, entendemos perfeitamente possível a adoção dessa prática, visto que o objetivo da legislação é que o licitante tome ciência dos atos ocorridos durante a licitação, para que possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa. E não restam dúvidas de que uma comunicação pessoal, inclusive com possibilidade de confirmação de recebimento, tenha muito mais eficácia do que a publicação num órgão de imprensa oficial, além de ser muito mais econômica e rápida. A corroborar tal entendimento, trazemos os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior:

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 888.

<sup>19</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 150.

Comissões de Licitação, no elogiável propósito de imprimir celeridade ao processamento dos recursos hierárquicos e de evitar os custos de publicação pelo diário oficial, têm entendido que a publicação do julgamento da fase de habilitação – o que, a nosso ver, pelas mesmas razões, estende-se ao julgamento das propostas – é desnecessária, se o licitante, mesmo ausente da sessão em que houve o julgamento, dele toma ciência por qualquer outro meio (fax, por exemplo) e remete à Comissão termo de renúncia do direito de recorrer. Correta a interpretação, dado que a serventia dessa publicação é a de cientificar os licitantes ausentes para que recorram da decisão, se o desejarem, certo que ninguém, além dos concorrentes que participam da licitação, ostenta legitimidade para recorrer administrativamente das decisões da Comissão.<sup>20</sup>

Portanto, a comunicação pessoal vem atender ao princípio da publicidade e atinge ao objetivo da legislação, que é a ciência do licitante para que ele possa exercer seus direitos recursais, podendo ser utilizada nas fases de documentação e proposta.

Mais um ponto interessante com relação à comunicação ocorre quando a intimação dos licitantes dá-se em momentos distintos, ou seja, alguns são cientificados na sessão, por estarem presentes, e outros, no dia seguinte, por qualquer tipo de comunicação pessoal, em virtude de estarem ausentes. Nesse caso, entendemos que o vencimento do prazo recursal também deva ser computado em datas distintas para os licitantes presentes e ausentes, como forme de privilegiar a isonomia entre esses participantes.

Com relação à contagem do prazo, de acordo com o art. 110 da Lei Federal 8.666/93, excluir-se-á o dia da publicação ou da comunicação pessoal, iniciando-se a partir do dia seguinte. Lembramos que não se iniciam e nem terminam prazos em dia que não for útil ou que não haja expediente no órgão ou esse expediente seja reduzido por algum motivo.

No que tange à publicação em órgão de imprensa oficial, a intimação deverá ser apurada na data em que o jornal circulou, e não na data de sua impressão, caso essa seja diferente. Além disso, publicidades ocorridas em datas em que não houve expediente no

---

<sup>20</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 920.

órgão (sábados, domingos ou feriados), reputam-se efetivadas no primeiro dia útil subsequente, o qual será excluído da contagem, iniciando-se no primeiro dia útil seguinte. Como exemplo podemos citar: um prazo de recurso de cinco dias úteis, cuja publicação ocorreu no sábado – nesse caso, considera-se a publicação como ocorrida na segunda-feira (se for dia útil), a qual é excluída da contagem, iniciando-se o prazo de recurso na terça-feira e concluindo-se na próxima segunda-feira.

### **Considerações finais**

Por meio deste artigo pudemos verificar que a licitação faz resultar uma série de atos expedidos pelas respectivas autoridades competentes na condução dos certames, o que pode gerar conflitos em razão do interesse que cada parte representa no processo – Administração Pública, licitantes e população.

Nesse contexto, o recurso aparece como um instituto para dirimir esses conflitos, o que abrange as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário.

No que tange aos recursos hierárquicos, trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, a qual poderá exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhar o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”).

O recurso hierárquico é cabível em ocorrências da licitação e da contratação, conforme segue: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; e f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

Portanto, é preciso ter a devida cautela para o uso desse instituto, aplicando-o nos casos previstos em lei, cumprindo seus prazos legais e, principalmente, preservando

os princípios que regem a matéria, em especial a legalidade, o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), a razoabilidade, a proporcionalidade, a publicidade e a isonomia.

### Referências:

ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. 12. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. *In*: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba : Zênite, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1994.

---

## DESENVOLVIMENTISMO E NEOLIBERALISMO NO BRASIL

*Claudinei Coletti*<sup>1</sup>

### **Resumo:**

O objetivo deste artigo é apresentar, de maneira sucinta, dois projetos distintos que se têm se confrontado na história política recente do Brasil: de um lado o desenvolvimentismo, de outro o neoliberalismo. O primeiro foi amplamente predominante desde o início do processo de industrialização da economia brasileira, na década de 1930, até o início da década de 1980; o segundo, por sua vez, foi hegemônico durante os anos 1990, desde o governo Collor até os dois mandatos do governo Fernando Henrique Cardoso. Os governos petistas (Lula e Dilma Rousseff), ainda que tenham dado continuidade a certos aspectos das políticas neoliberais herdadas dos governos anteriores, retomaram os princípios do desenvolvimentismo, processo que tem sido chamado, por vários analistas, de neodesenvolvimentismo. Ao que tudo indica, ao neodesenvolvimentismo da era petista vai se contrapor o programa neoliberal de extração ortodoxa do governo Temer, que assumiu a presidência da República após o afastamento, pelo Congresso Nacional, de Dilma Rousseff.

**Palavras-chave:** desenvolvimentismo, neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, desenvolvimento capitalista no Brasil.

### **Introdução**

Na história recente do Brasil, dois projetos políticos têm se confrontado: de um lado o desenvolvimentismo, de outro o neoliberalismo.

O primeiro foi amplamente predominante desde o início do processo de industrialização da economia brasileira, na década de 1930, até o início da década de

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Professor-titular do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP). Professor do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em Campinas (SP).

1980. Neste período, conhecido como nacional-desenvolvimentista, o Brasil manteve uma das taxas médias de crescimento econômico mais elevadas do mundo -- entre 1945 e 1980 o PIB brasileiro cresceu à taxa anual média de incríveis 7,1%. O neoliberalismo, por seu turno, foi hegemônico durante os anos 1990, desde o governo Collor (1990-1992) até os dois mandatos do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Os governos neoliberais privilegiaram a abertura comercial e financeira da economia brasileira ao capital internacional, um amplo processo de privatizações das empresas públicas, a precarização das condições e das relações de trabalho e a redução dos gastos sociais do Estado. Os governos petistas de Lula e Dilma Rousseff, por sua vez, retomaram os princípios do desenvolvimentismo sem, no entanto, abandonar alguns pressupostos das políticas neoliberais. É o que alguns autores denominaram de “neodesenvolvimentismo” da era petista, em alusão a certo desenvolvimentismo praticado dentro de certos limites estabelecidos pelo capitalismo neoliberal. Foi retomado o princípio desenvolvimentista de intervenção do Estado para estimular o crescimento econômico, combinado com certa distribuição de renda, a qual beneficiou as camadas sociais mais desfavorecidas da população. O neodesenvolvimentismo, no entanto, serviu prioritariamente aos interesses da grande burguesia interna, distribuída por diversos setores da economia (mineração, construção pesada, construção naval, agronegócio, indústria de transformação e, inclusive, setor financeiro). O PT, partido criado pelos movimentos populares, passou a representar, prioritariamente, os interesses dessa grande burguesia interna. Por fim, o governo Temer, que substituiu Dilma Rousseff após a destituição desta pelo Congresso nacional, tem como objetivo fundamental retomar o projeto neoliberal ortodoxo interrompido com a ascensão do PT ao poder central. Não é outro o objetivo da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) enviada pelo governo ao Congresso Nacional, que estabelece um teto dos gastos públicos por vinte anos, ou seja, se aprovado – certamente será – vai afetar, necessariamente, os investimentos públicos em infraestrutura, os gastos com saúde, educação, programas sociais, o salário do funcionalismo público etc. O objetivo fundamental desse programa de governo é diminuir o tamanho do Estado e aumentar, na mesma proporção, o espaço destinado às forças do mercado.

Nosso objetivo neste pequeno artigo, portanto, é apresentar, de maneira sucinta, uma discussão acerca do desenvolvimento capitalista no Brasil, à luz do embate entre o desenvolvimentismo e o neoliberalismo.

### **1. A política nacional-desenvolvimentista no Brasil (1930-1980)**

A década de 1930 no Brasil marcou o nascimento e, depois, a consolidação de um projeto de industrialização da economia brasileira -- conhecido como “industrialização por substituição de importações” --, que começou, efetivamente, ainda na primeira metade dos anos 30, pela implantação do chamado Departamento II da economia – responsável pela produção de bens de consumo – e atingiu, mais tarde, nas décadas de 1940 e 50, o Departamento I da economia – responsável pelos bens de produção (máquinas, equipamentos, aço, energia elétrica, petróleo, transportes etc.).

Sem dúvida, a forte crise econômica vivida pelos países capitalistas avançados a partir de 1930 contribuiu para o *desencadeamento* desse processo, visto que o Brasil diminuiu, imensamente, devido à citada crise, a exportação de café, seu principal produto na época, diminuindo, por conseguinte, a entrada de divisas em moeda forte no país. Graças a tais divisas, havia sido possível importar, até então, os produtos industrializados dos quais o país necessitava.

Houve, também, nesse período, um processo de concentração e de centralização do poder político no Estado central, que enfraqueceu o poder de cada um dos estados federados e de seus respectivos governadores, processo exatamente contrário ao que havia ocorrido no período anterior a 1930.

Além disso, tal período foi marcado por regimes políticos ditatoriais, pois, de 1930 a 1989, tivemos 29 anos de ditadura (a do Estado Novo, de 1937 a 1945, e a ditadura militar de 1964 a 1985).

No “período desenvolvimentista”, o Brasil manteve uma das taxas médias de crescimento econômico mais elevadas do mundo. Como observa José Luís Fiori,

a história dessa industrialização começou nos anos 20 e se acelerou na década de 30, mas foi sobretudo nos anos 50 que a indústria se consolidou como eixo dinâmico da economia brasileira. Entre 1945 e 1980 o Produto Interno Bruto cresceu à taxa anual média de 7,1%, o crescimento do setor manufatureiro foi de 9% ao ano, e a participação do setor industrial na Renda Interna passou de 26%, em 1949, para 33,4% em 1970. Nesse período, assistiu-se, igualmente a notável diversificação da pauta de exportações, e os produtos manufaturados chegaram a representar, no final dos anos 80, mais de 60% do total exportado pelo Brasil. Essas mudanças fizeram com que a população economicamente ativa empregada pelo setor secundário passasse de 10,3%, em 1940, para 25,3%, em 1980.<sup>2</sup>

O modelo de industrialização por substituição de importações implantado no Brasil obteve pleno êxito, sob o ponto de vista da expansão industrial, porque conseguiu implantar um “vigoroso parque industrial moderno e diversificado, o mais importante entre os países pobres da chamada periferia do sistema. [...] A industrialização gerou novas oportunidades de renda e emprego, acelerou o processo de urbanização [...], elevou o padrão de vida da população, mas ao mesmo tempo manteve a cultura patrimonialista da elite e uma das mais profundas desigualdades na distribuição de renda”.<sup>3</sup>

Esse processo de intensa industrialização, que se consolidou, de forma efetiva, na segunda metade dos anos 50, no governo Kubitschek, foi possível graças a uma associação entre as grandes empresas multinacionais que se instalaram no Brasil nesse período com os capitais privados nacionais, ambos impulsionados, por sua vez, pelos investimentos estatais maciços em infraestrutura e em indústrias de base e por uma forte intervenção regulatória e normativa do Estado na economia. “Consagra-se, assim, a partir do projeto Vargas-Kubitschek, a aliança entre o Estado, a grande empresa oligopólica internacional e os capitais nacionais que comandou o processo de industrialização pesada.”<sup>4</sup> E mais: coube aos Estados desenvolvimentistas, segundo as palavras de Fiori, “a múltipla tarefa de promover o crescimento, administrar o ciclo

<sup>2</sup> FIORI, José Luís. Para um diagnóstico da “modernização” brasileira. In: FIORI, José Luís; MEDEIROS, Carlos (orgs.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 273.

<sup>3</sup> MERCADANTE, Aloizio. Plano Real e neoliberalismo tardio. In: MERCADANTE, Aloizio (org.). *O Brasil pós-Real: a política econômica em debate*. Campinas (SP): Instituto de Economia-Unicamp, 1998, p. 137.

<sup>4</sup> FIORI, José Luís. *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1995, p. 98

econômico, disciplinar a distribuição social da riqueza e comandar a inserção mundial dos interesses nacionais, o que outorga a esse Estado uma posição decisiva na reprodução econômica, social e política daquelas sociedades”.<sup>5</sup>

O Estado desenvolvimentista no Brasil foi capaz, a um só tempo, de estimular o desenvolvimento da burguesia industrial e de aglutinar o apoio de quase todas as frações da classe dominante brasileira. No início dos anos 60, o “capital industrial assumiu, de forma efetiva, a posição hegemônica no movimento da acumulação capitalista no Brasil”. E já no final dessa mesma década, mais precisamente a partir de 1968, o novo ciclo de expansão industrial passava a ser comandado pela “burguesia monopolista internacionalizada, em estrita aliança com o Estado”.<sup>6</sup>

Desenvolvimento econômico intenso, de um lado, e aumento das desigualdades sociais, de outro, eis o resultado do “pacto conservador” no qual se apoiou esse projeto de expansão industrial da economia brasileira.

Esse “pacto conservador” entre as diversas frações de nossas classes dominantes tinha como primeira regra de ouro, “a intocabilidade da estrutura fundiária, acordo que vetou no Brasil qualquer tipo de reforma agrária e entronizou a proteção dos interesses do capital agromercantil durante todo o século XX, mesmo durante o período de industrialização, depois de 1950”. A segunda regra foi a que definiu o formato de nossa estrutura industrial, “baseada numa combinação desigual entre empresas estatais e estrangeiras e o capital privado nacional, além da transferência para o crédito público da responsabilidade pelo financiamento dos grandes projetos de investimento indispensáveis à industrialização”. Terceira regra: a forte intervenção do Estado nas relações trabalhistas e sindicais, que garantiu “uma industrialização com baixos salários e com a utilização extensiva e rotativa da mão-de-obra, cuja qualificação nunca foi vista como peça importante no desenvolvimento da competitividade microeconômica”. Por fim, uma outra regra, que merece ser lembrada, é que esse “pacto conservador” sempre convergiu para a solução autoritária, ou seja, jamais patrocinou “a institucionalização de

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 59.

<sup>6</sup> FIORI, José Luís. *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1995, p. 86-87, 103, 105.

estruturas que dessem conta e permitissem a ampliação da cidadania política e social” no Brasil.<sup>7</sup>

Sem condições de estendermos demasiado essa discussão, diríamos apenas que esse Estado desenvolvimentista, durante a década de 1970, mais especificamente depois de 1974, com a aprovação do II Plano Nacional de Desenvolvimento (governo Geisel) – portanto, em plena crise do capitalismo avançado --, com vistas a manter seus níveis de investimentos internos, optou por recorrer insistentemente aos fartos financiamentos externos oferecidos pelo mercado privado de capitais. Essa medida gerou, em poucos anos, graças à elevação abrupta da taxa de juros sobre o dólar – os empréstimos tinham sido contraídos a taxas flutuantes de juros --, uma dívida externa que colocou, um pouco mais tarde, no início dos anos 80, o país à beira da insolvência.<sup>8</sup>

Como observa José Luís Fiori,

enquanto as condições externas foram favoráveis e todos os setores puderam ganhar ‘fugindo para frente’, conseguiu-se aliança sólida e permanente dos interesses particulares das várias regiões do país e dos seus grupos econômicos. Quando essas condições se estreitaram, como na segunda metade da década de 70, a ampla coalizão desenvolvimentista começou a se decompor, criando um espaço para o avanço político das forças de oposição que lutavam pela redemocratização do país.<sup>9</sup>

## 2. Crise do modelo desenvolvimentista na década de 1980

No início da década de 1980, quatro choques, quase simultâneos – aumento das taxas de juros internacionais, aumento do preço do petróleo, queda dos preços das *commodities* (produtos agropecuários) e exclusão do Brasil do mercado financeiro

<sup>7</sup> Idem. Para um diagnóstico da “modernização” brasileira. In: FIORI, José Luís; MEDEIROS, Carlos (orgs.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 274-282.

<sup>8</sup> O objetivo do II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) era aprofundar o processo de industrialização da economia brasileira através de investimentos em áreas como energia, siderurgia e transporte. A dívida externa brasileira (dívida total, pública e privada) que, em abril de 1964, era de 2,5 bilhões de dólares, em fins de 1973 era da ordem de 13,8 bilhões de dólares, em 1979 era de 55,8 bilhões de dólares, chegando, em 1985, aos 105,1 bilhões de dólares. Cf. GONÇALVES, Reinaldo; POMAR, Valter. *O Brasil endividado: como nossa dívida externa aumentou mais de 100 bilhões de dólares nos anos 90*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

<sup>9</sup> FIORI, José Luís. Para um diagnóstico da “modernização” brasileira. In: FIORI, José Luís; MEDEIROS, Carlos (orgs.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 270-271.

internacional, após a moratória do México, em 1982 – “provocaram efeito em cadeia sobre o câmbio, a inflação, o endividamento interno, o crescimento econômico” e, finalmente, provocaram a falência estatal.<sup>10</sup> A gestão (conservadora) da política econômica, ao longo de toda essa década, optou por ser “solidária aos credores externos e à lógica financeira, promovendo a recessão e a ‘inércia tecnológica’ e condenando a nossa estrutura produtiva a uma situação de virtual obsolescência”.<sup>11</sup>

O resultado desse processo foi o esgotamento do projeto desenvolvimentista, o que resultou na chamada “década perdida” para a economia brasileira, caracterizada pela estagnação econômica e pelos altos índices de inflação; resultado, por sua vez, das políticas ortodoxas recessivas impostas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) a partir da crise de nossa dívida externa. A economia brasileira, nos anos 80, cresceu a uma média de 2,9% ao ano, contra 8,8% de crescimento nos anos 70, 6,1% nos anos 60 e 7,1% na década de 1950.<sup>12</sup>

Sob o ponto de vista político, mais especificamente no que diz respeito à mobilização político-social das classes trabalhadoras, a década de 1980 apresentou-se como tempos promissores, com um saldo altamente positivo para a organização política das classes subalternas. Esse fato, a nosso ver, estava relacionado às próprias consequências sociais do modelo econômico desenvolvimentista (concentrador e excludente) e com a crise política do regime ditatorial militar expressa no processo de “abertura” política iniciada durante o governo Geisel e seguida pelo governo Figueiredo.

Tratou-se, *de maneira geral*, de uma década de agitação política intensa, que assistiu ao surgimento – ou, às vezes, ao ressurgimento – e expansão de muitos movimentos sociais, processo que se iniciara, exatamente, no final da década de 1970. Dissemos “de maneira geral”, porque tais movimentos não apresentaram um

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 271.

<sup>11</sup> QUADROS, Waldir José de. Crise do padrão de desenvolvimento no capitalismo brasileiro: breve histórico e principais características. *Cadernos do Cesit*, Instituto de Economia-Unicamp, n. 6, [s.d.], p. 16.

<sup>12</sup> MATTOSO, Jorge. *O Brasil desempregado: como foram destruídos mais de 3 milhões de empregos nos anos 90*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 21. É importante observar que, por trás dessa média da década de 1980 (2,9%), escondem-se períodos de expansão e de crise da atividade produtiva brasileira, Assim, enquanto em 1981 e 1983, o Produto Interno Bruto (PIB) *decrescera* 4,3% e 2,9%, respectivamente, em 1982, o crescimento foi de pífios 0,8% e, em 1984, 1985, 1986 e 1987 cresceu, respectivamente, 5,4%, 7,8%, 7,5% e 3,5%.

crescimento contínuo e linear durante toda a década. Houve momentos de avanço e refluxo, muitas vezes, como no caso do movimento sindical, acompanhando o próprio desempenho da economia brasileira, a sua capacidade de gerar empregos e de permitir uma ofensiva sindical. Houve movimentos sociais que surgiram para, depois de certo tempo, desaparecerem, ou ainda, perderem força a ponto de sair da cena política, e assim por diante. Todavia, repetimos, feito o balanço geral da década, o período é de agitação intensa.<sup>13</sup>

Além da derrocada do regime ditatorial militar e da efervescência política dos movimentos sociais, a crise do Estado desenvolvimentista ensejou um rearranjo das forças políticas que o tinham sustentado até então. Esse Estado desenvolvimentista será substituído, no início da década de 1990, a partir da eleição de Fernando Collor de Mello para a presidência da República, pelo Estado neoliberal.

### 3. A ideologia neoliberal e o neoliberalismo no Brasil

Em termos amplos e gerais, diríamos que o neoliberalismo, enquanto doutrina, nasceu em meados da década de 1940, na Europa, com a publicação do livro *O caminho*

---

<sup>13</sup> As mobilizações sindicais ressurgiram com as greves dos metalúrgicos do ABC paulista no final dos anos 70, alastraram-se depois para outras categorias de trabalhadores urbanos com maior capacidade de mobilização – bancários, petroleiros, trabalhadores da construção civil, funcionalismo público etc –, atingiram os trabalhadores rurais canavieiros do Nordeste brasileiro, os trabalhadores assalariados rurais temporários paulistas e de outros estados, ensejaram o nascimento do sindicalismo combativo da Central Única dos Trabalhadores (CUT) etc. Além do movimento sindical, outros movimentos sociais, urbanos e rurais apresentavam-se na cena política brasileira: movimento pelas “Diretas-já”, movimento por transportes públicos, pela saúde, por creches, moradia, movimento negro, ecológico, de meninos e meninas de rua, das mulheres, Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica (CEB’s), Comissão Pastoral da Terra (CPT), movimento dos atingidos pela construção das barragens hidrelétricas e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Sobre as mobilizações grevistas dos trabalhadores urbanos e o processo de criação da CUT, consultar, por exemplo: NORONHA, Eduardo. A explosão das greves na década de 80. In: BOITO Jr., Armando (org.). *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; RODRIGUES, Leôncio Martins. As tendências políticas na formação das centrais sindicais. In: BOITO Jr., Armando (org.), op. cit.; ANTUNES, Ricardo. *O novo sindicalismo*. São Paulo: Editora Brasil Urgente, 1991. Sobre as greves dos assalariados rurais consultar: COLETTI, Claudinei. *A estrutura sindical no campo*. Campinas (SP): Editora da Unicamp; Centro de Memória – Unicamp, 1998, especialmente o capítulo 3, “As greves dos trabalhadores assalariados rurais nos anos 80”. Para uma breve descrição dos movimentos sociais no Brasil de 1972 a 1997 consultar: GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997, especialmente o anexo, “Mapeamento do cenário dos movimentos sociais no Brasil – 1972-1997”. Sobre os movimentos sociais no campo, consultar: GRZYBOWSKI, Cândido. *Caminhos e descaminhos dos movimentos sociais no campo*. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: Fase, 1987.

da servidão, do austríaco Friedrich von Hayek. Nesse trabalho, Hayek colocava-se terminantemente contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado intervencionista e de bem-estar-social, pois tal Estado, ao promover certo igualitarismo social, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência e, assim, dificultava a prosperidade humana.

Tratava-se de uma retomada de alguns princípios do liberalismo econômico clássico dos séculos XVIII e XIX, mas numa fase de desenvolvimento do capitalismo bem diferente daquela em que os liberais clássicos tinham vivido. Como observa Reginaldo Moraes:

o liberalismo clássico havia assestado suas baterias contra o Estado mercantilista e as corporações. Os neoliberais procuraram desde logo construir um paralelo com aquela situação, para justificar seu combate e apresentá-lo como a continuação de uma respeitável campanha antiabsolutista. Segundo eles, os inimigos vestiam agora outros trajes, mas revelavam as mesmas taras e perversões. Um desses inimigos era o conjunto institucional composto pelo Estado de bem-estar social, pela planificação e pela intervenção estatal na economia, tudo isso identificado com a doutrina keynesiana. O outro inimigo era localizado nas modernas corporações – os sindicatos e centrais sindicais, que, nas democracias de massas do século XX, também foram paulatinamente integrados nesse conjunto institucional. Além de sabotar as bases da acumulação privada por meio de reivindicações salariais, os sindicatos teriam empurrado o Estado a um crescimento parasitário, impondo despesas sociais e investimentos que não tinham perspectiva de retorno.<sup>14</sup>

Essas ideias neoliberais ganharam força efetivamente, durante a grande crise que sacudiu as economias capitalistas avançadas no início da década de 1970. Segundo o diagnóstico neoliberal, a razão principal de tal crise era o poder excessivo dos sindicatos, os quais, com suas pressões reivindicativas por aumentos salariais e por aumentos nos gastos sociais do Estado, haviam corroído as bases da acumulação capitalista, comprimindo os níveis necessários de lucros das empresas e gerando processos inflacionários de difícil controle.

---

<sup>14</sup> MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?* São Paulo: Editora SENAC, 2001, p. 28. As três principais escolas de pensamento neoliberal, segundo Moraes, são a escola austríaca, liderada por Friedrich August von Hayek, a escola de Chiago representada por T. W. Schultz, Gari Becker e Milton Friedman e a escola de Virgínia ou *public choice* capitaneada por James M. Buchanan.

Nesse sentido, a solução neoliberal envolvia vários elementos inter-relacionados: em primeiro lugar, a estabilidade monetária, que deveria ser eleita como meta suprema de qualquer governo e deveria ser conseguida através de uma férrea disciplina orçamentária, que incluía, especialmente, a redução dos gastos com bem-estar social; em segundo lugar, o aumento dos índices de desemprego na economia, a fim de quebrar o poder reivindicativo dos sindicatos; em terceiro lugar, reformas fiscais – leia-se: redução dos impostos sobre os altos rendimentos – para incentivar os investimentos capitalistas e, em quarto lugar, a desregulamentação, ou seja, a diminuição da atividade reguladora do Estado no terreno econômico, em geral, e no terreno das relações trabalhistas, em particular. Com a adoção dessas medidas, diziam os neoliberais, uma nova desigualdade voltaria a dinamizar as sociedades capitalistas avançadas e o livre-mercado cuidaria de pôr cada coisa no seu devido lugar.<sup>15</sup>

Se a pregação neoliberal vociferava pragas contra o Estado intervencionista e de bem-estar social existente nas sociedades capitalistas avançadas, “para os países latino-americanos, os neoliberais fazem uma adaptação dessa cena: aqui o adversário estaria no modelo de governo gerado pelas ideologias nacionalistas e desenvolvimentistas, pelo populismo [...] e pelos comunistas, evidentemente”.<sup>16</sup>

Aliás, há que se registrar que a primeira experiência neoliberal do mundo ocorreu exatamente no Chile, em 1973, sob a ditadura de Pinochet. Na década de 1980, os países latino-americanos, incluído o Brasil, perderam parcela considerável da autonomia na formulação e execução de suas políticas macroeconômicas, devido à crise de suas dívidas externas. Num contexto amplamente desfavorável aos países devedores, o FMI e o Banco Mundial impuseram como condição para a renegociação das dívidas externas dos países latino-americanos não só a tutela sobre as economias locais – o qual incluía controle dos gastos públicos e medidas recessivas -- como também o programa neoliberal de ajuste econômico: em 1985, na Bolívia; em 1988, no México, com Salinas

---

<sup>15</sup> Cf. ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23. Vale observar que o programa político neoliberal só começou efetivamente a ser implementado no mundo capitalista avançado, no final da década de 1970/início da década de 1980: em 1979, na Inglaterra, com o governo Thatcher; em 1980, nos EUA, com Reagan; em 1982, na Alemanha, com Helmut Kohl; em 1983, na Dinamarca, depois na Austrália etc, para citar apenas os exemplos mais importantes.

<sup>16</sup> MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?* São Paulo: Editora SENAC, 2001, p. 28

de Gortari; em 1989, na Argentina, com Menen; em 1989, na Venezuela, com Carlos Andrés Perez; em 1990, no Peru, com Fujimori, e no Brasil, a partir do governo Collor.<sup>17</sup>

Um dos instrumentos que impulsionou esse processo de implantação das políticas neoliberais na América Latina, a partir do final de 1988, foi o chamado Plano Brady – nome do então secretário do Tesouro dos Estados Unidos. Tal plano acenava com a possibilidade de renegociação e redução do estoque das dívidas dos países latino-americanos com os bancos comerciais em até 35% -- na prática, as reduções nunca passaram dos 20% --, só que condicionava os novos empréstimos à prévia adoção de políticas unilaterais de abertura comercial. Essa nova estratégia foi inicialmente aplicada ao México e, para qualificar-se, na forma do Plano Brady, a mais uma renegociação de sua dívida, além do equilíbrio nas contas públicas, foi exigida, também, a prévia abertura (unilateral) da economia mexicana.

Como observou Paulo Nogueira Batista, com tal estratégia, “os Estados Unidos obteriam a reabertura dos mercados dos países da região, com o que lograriam espetacular inversão nos fluxos do intercâmbio. Entre 1989 e 1992, os Estados Unidos evoluíram, no seu comércio de mercadorias com os países sul-americanos e o México, de um déficit de US\$ 11,2 bilhões para um saldo da mesma ordem de grandeza, resultado conseguido, praticamente, dentro de um mesmo nível de intercâmbio global.”<sup>18</sup>

A visão neoliberal dos problemas latino-americanos expressou-se com clareza na avaliação que ficou conhecida como “Consenso de Washington”, resultado de uma reunião realizada em novembro de 1989, na capital dos Estados Unidos, da qual participaram funcionários do governo norte-americano, dos organismos financeiros internacionais ali sediados – FMI, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) --, além de diversos economistas latino-americanos. Nessa reunião elogiaram-se as reformas iniciadas ou realizadas na região – as exceções, naquele momento, eram o Brasil e o Peru – e ratificou-se a proposta de que a concessão

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 33.

<sup>18</sup> BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. São Paulo: Consulta Popular, nov. 1999 (Caderno n. 7), p. 31.

de ajuda financeira externa aos países latino-americanos estaria condicionada à adoção das políticas neoliberais.<sup>19</sup>

As propostas do Consenso de Washington convergiam para dois objetivos básicos: “por um lado, a drástica redução do Estado e a corrosão do conceito de Nação; por outro, o máximo de abertura à importação de bens e serviços e à entrada de capitais de risco. Tudo em nome de um grande princípio: o da soberania absoluta do mercado autorregulável nas relações econômicas tanto internas quanto externas.”<sup>20</sup>

Tratava-se, no caso do Brasil, de “um programa ortodoxo de estabilização monetária acompanhado por um pacote de reformas estruturais ou institucionais que se propôs, explicitamente, a desmontagem do modelo desenvolvimentista, pela abertura e desregulamentação dos mercados e privatização das empresas e serviços públicos”.<sup>21</sup>

Conforme observado por Décio Saes, não podemos considerar neoliberais apenas as políticas estatais que se conformam integralmente com os princípios econômicos defendidos por seus ideólogos – Hayek, Milton Friedman etc. “Será considerada neoliberal toda ação estatal que contribua para o desmonte das políticas de incentivo à independência econômica nacional, de promoção do bem-estar social (*welfare state*), de instauração do pleno emprego (*keynesianismo*) e de mediação dos conflitos sócio-econômicos.”<sup>22</sup>

No plano da ação política concreta, poderíamos dizer que os principais elementos que caracterizam a política neoliberal implementada no Brasil são os seguintes: abertura comercial e financeira das economias ao capital internacional, política de privatizações, política de desregulamentação do mercado de trabalho e de redução dos direitos sociais.<sup>23</sup>

No Brasil, como dissemos, essas políticas neoliberais foram implantadas a partir do início do governo Collor (1990) e provocaram um rearranjo nas relações políticas entre as frações das classes dominantes no interior do bloco no poder.

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 11.

<sup>20</sup> Ibid., p. 33.

<sup>21</sup> FIORI, José Luís. Para um diagnóstico da “modernização” brasileira. In: FIORI, José Luís; MEDEIROS, Carlos (orgs.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 283.

<sup>22</sup> SAES, Décio. O governo de FHC e o campo político conservador. In: REBELO, Aldo et al. *Reeleição: escalada contra a democracia*. São Paulo: Anita Garibaldi, [s.d.], p. 36-37.

<sup>23</sup> Ibid.; BOITO Jr., Armando *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999, p. 30, *passim*.

Como muito bem observado por Armando Boito Jr., a política neoliberal, no caso do Brasil, atende, de maneira diferenciada, às diferentes frações burguesas, chegando, inclusive, a contrariar certos interesses de determinadas frações. As políticas de desregulamentação do mercado de trabalho e de redução dos direitos sociais beneficiam, indistintamente, a *todas* as frações burguesas, nacionais e internacionais. Já com a política de privatizações não ocorre o mesmo, pois é mais seletiva: favorece o capital imperialista e o grande capital monopolista nacional, deixando o pequeno e o médio capital alheios ao processo, uma vez que estes não possuem condições financeiras – tampouco políticas – de participar dos leilões de privatizações e arrematar as empresas estatais. Por fim, a política de abertura comercial e de desregulamentação financeira, cujas consequências mais visíveis são, por um lado, a *desindustrialização* e a *desnacionalização* da economia brasileira, por outro, o aumento da dependência do país ao capital financeiro internacional, é mais seletiva ainda, pois beneficia o capital financeiro internacional, o capital imperialista e o grande capital bancário nacional.<sup>24</sup>

A partir do que acabamos de expor, poderíamos afirmar que a política de abertura comercial contraria os interesses da fração interna da burguesia industrial, que passa a sofrer a concorrência direta e devastadora das mercadorias importadas, ou seja, a implantação do receituário neoliberal no Brasil fez com que a fração industrial interna da burguesia, que foi a maior beneficiária da política desenvolvimentista, perdesse poder econômico e político. Para citarmos mais um exemplo, a abertura do sistema financeiro nacional aos bancos estrangeiros incomoda, e muito, o capital bancário nacional, que perde a reserva de mercado que detinha sobre os clientes brasileiros. E a deterioração das atividades sociais antes asseguradas pelo Estado – saúde, educação, previdência --, por sua vez, fortalece a chamada “nova burguesia de serviços”, que se beneficia com a privatização de tais serviços.<sup>25</sup>

Em suma,

---

<sup>24</sup> Cf. BOITO Jr., Armando. *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999, p. 49-76; Há que se observar que a desregulamentação financeira e a necessidade de aumento contínuo das taxas de juros, para atrair o capital especulativo estrangeiro, única forma encontrada pelo governo brasileiro, ao longo da década de 1990 (especialmente depois de 1994, com o Plano Real), para custear as importações e “fechar” suas contas externas, são partes integrantes desse processo.

<sup>25</sup> Cf. BOITO Jr., Armando. Neoliberalismo e relações de classe no Brasil. *Idéias*, Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas-Unicamp, ano 9 (1), 2002.

a política neoliberal alterou o perfil da burguesia brasileira, fortaleceu alguns setores, debilitou outros e criou também interesses e setores novos. Além disso, alterou a posição relativa desses setores no interior do bloco no poder. O que tentamos indicar é que o neoliberalismo representa a hegemonia política do grande capital nacional e estrangeiro associados ao capital financeiro internacional e que, mesmo no interior desse clube restrito, há uma hierarquia. De fato, a política neoliberal prioriza o grande capital bancário em detrimento do grande capital industrial e, mais recentemente, colocada diante de conflitos entre o capital financeiro internacional e o grande capital bancário nacional, no processo de desnacionalização do setor bancário, tem evidenciado suas ligações preferenciais com o capital financeiro internacional. Já o pequeno e o médio capital, de base principalmente nacional, é o setor da burguesia que ganha menos com o neoliberalismo.<sup>26</sup>

Esse projeto neoliberal iniciou-se no governo Collor (1990-1992), teve continuidade no governo Itamar Franco (1993-1994) e aprofundou-se no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

Mas o que ocorreu nos governos petistas de Lula (2003-2010) e Dilma Rousseff (2011-ago.2016)? Houve uma simples continuidade do projeto político neoliberal anterior, houve ruptura, ou um meio-termo entre uma coisa e outra? Esta é a questão que discutiremos a seguir.

#### **4. O neodesenvolvimentismo do século XXI**

Os governos petistas de Lula e Dilma Rousseff retomaram o princípio desenvolvimentista de intervenção do Estado para estimular o desenvolvimento capitalista no país.

Como observa Armando Boito Jr. consolidou-se, nesse período, “a frente política neodesenvolvimentista”, baseada numa política de crescimento econômico e de transferência de renda.

Essa frente é dirigida pela grande burguesia interna brasileira e envolve classes trabalhadoras que se encontram excluídas do bloco no poder – baixa classe média, operariado, campesinato e trabalhadores da massa marginal.

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 25.

Ela enfrenta, no processo político nacional, o “campo neoliberal ortodoxo”, representante do grande capital financeiro internacional, da fração burguesa brasileira integrada e subordinada a esse capital, dos setores dos grandes proprietários de terra e da alta classe média.<sup>27</sup>

O autor denomina tal programa de “neodesenvolvimentismo”, porque se trata de uma política econômica e social de crescimento econômico com certa distribuição de renda, que, entretanto, não ousa romper com os limites do modelo econômico liberal ainda vigente no país. “O neodesenvolvimentismo é o desenvolvimentismo da época do capitalismo neoliberal”, e beneficia, prioritariamente, a grande burguesia interna, distribuída por diversos setores da economia (mineração, construção pesada, construção naval, agronegócio, indústria de transformação e, inclusive, setor financeiro), afirma Boito Jr.<sup>28</sup> O PT, partido criado pelos movimentos populares, passou a representar, prioritariamente, os interesses dessa grande burguesia interna.<sup>29</sup>

Os governos Lula e Dilma Rousseff lançaram mão de algumas políticas, ausentes no governo de Fernando Henrique Cardoso, que estimularam o crescimento econômico, dentre as quais poderíamos citar: a política de investimentos públicos em obras de infraestrutura; a forte elevação da dotação orçamentária do BNDES para financiamento das grandes empresas nacionais a taxas de juros subsidiadas; a política externa de apoio às grandes empresas brasileiras ou instaladas no Brasil para exportação de mercadorias e de capitais, e a política econômica anticíclica utilizada nos momentos de crise econômica.<sup>30</sup> Some-se a esse conjunto de fatores o aumento do preço internacional das commodities e temos um quadro de expansão do PIB na década de 2000 bem superior ao verificado na década anterior.

Mas não foi apenas a grande burguesia interna que ganhou com a política neodesenvolvimentista. Os governos petistas promoveram um conjunto de políticas

---

<sup>27</sup> BOITO Jr., Armando., As bases políticas do neodesenvolvimentismo. Fórum Econômico da FGV-SP, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16866/Painel%203%20-%20Novo%20Desenv%20BR%20-%20Boito%20-%20Bases%20Pol%20Neodesenv%20-%20PAPER.pdf?sequence=1>. Acesso em: out. 2016.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> BOITO Jr., Armando A natureza da crise política brasileira. Disponível em: [http://www.adunicamp.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Le\\_Monde\\_Diplomatique\\_Brasil\\_2016\\_Reduzido.pdf](http://www.adunicamp.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Le_Monde_Diplomatique_Brasil_2016_Reduzido.pdf). Acesso em: out. 2016.

<sup>30</sup>BOITO Jr., Armando, As bases políticas do neodesenvolvimentismo. Op. cit.

sociais de distribuição de renda que favoreceu vários setores das classes populares: houve significativa diminuição do desemprego (de 2003 até 2014, a taxa de desemprego, segundo o IBGE, caiu de 12,3% para 4,8%): houve um expressivo aumento real do salário mínimo (de 2002 a 2015, o aumento real – descontada a inflação – foi de 76,5%), o que aumentou o poder aquisitivo da população mais pobre; houve a expansão do Programa Bolsa Família, cujo orçamento passou de R\$ 570 milhões (2003) para cerca de R\$ 26 bilhões (2016) – ele atende hoje pouco mais de 14 milhões de famílias de baixa renda; houve uma expansão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que paga um salário mínimo para idosos ou portadores de necessidades especiais cuja renda familiar per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo; houve a implantação da política habitacional de construção de moradias populares, o *Minha casa, minha vida*; houve uma expansão do crédito por meio do crédito consignado, o programa de eletrificação rural denominado *Luz para todos*; a expansão do financiamento à agricultura familiar etc.<sup>31</sup>

A partir de 2011, quando Dilma Rousseff assume seu primeiro mandato, a economia brasileira apresenta uma forte retração – cresceu, de 2011 a 2014 apenas 2,1% em média, contra 4,6% do segundo mandato de Lula. Não obstante, o desemprego continuou caindo (de 6,0% em 2011 para 4,8% em 2014, segundo a pesquisa do IBGE) e a inflação permaneceu sob relativo controle (média de 6,1% ao ano). O PT disputou, em 2014, o segundo turno das eleições presidenciais com o PSDB, e Dilma foi reeleita em segundo turno com 51,64% dos votos válidos (54,5 milhões de votos).

Porém, vários fatores propiciaram uma ofensiva do “campo neoliberal ortodoxo” contra o governo petista, processo que culminou com o golpe parlamentar que afastou Dilma Rousseff da presidência da República (em maio) e destituiu-a definitivamente do cargo (em agosto de 2016), com o argumento frágil de que ela cometera crimes de responsabilidade fiscal, os quais nunca foram efetiva e juridicamente provados.

Os fatores que viabilizaram o golpe foram, em primeiro lugar, a crise econômica que se aprofundou a partir de 2014 e contra a qual o governo não foi capaz de esboçar

---

<sup>31</sup> SINGER, André. Raízes sociais e ideológicas do lulismo. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 85, p. 83-102, nov. 2009; BOITO Jr., Armando, As bases políticas do neodesenvolvimentismo. Fórum Econômico da FGV-SP, 2012

qualquer reação; em segundo lugar, as denúncias de corrupção da Operação Lava Jato que elegeram como alvo prioritário os políticos do PT – este Partido, como observa Boito Jr., “enveredou para a prática do nepotismo e da corrupção, principalmente voltada para o financiamento privado e ilegal das campanhas eleitorais e para a conquista de apoio no Congresso”<sup>32</sup>; em terceiro lugar, mas não menos importante, a derrota do governo Dilma na eleição para a presidência da Câmara em fevereiro de 2015 – Eduardo Cunha foi eleito em primeiro turno com 267 votos, contra 136 de Arlindo Chinaglia (PT-SP), candidato do governo. No regime “presidencialista autoritário” vigente no Brasil, o Executivo Federal controla a atividade legislativa. A perda desse controle, evidentemente, foi decisiva para o desfecho do golpe.

### **Conclusão**

O governo Temer retoma o projeto neoliberal ortodoxo interrompido com a ascensão de Lula e Dilma Rousseff à presidência da República.

Não é outro o objetivo da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) enviada pelo governo ao Congresso Nacional, que estabelece um teto dos gastos públicos por vinte anos, ou seja, se aprovado – certamente será – vai afetar, necessariamente, os investimentos públicos em infraestrutura, os gastos com saúde, educação, programas sociais, o salário do funcionalismo público etc. etc. O objetivo fundamental desse programa de governo é diminuir o tamanho do Estado e aumentar, na mesma proporção, o espaço destinado às forças do mercado.

Ainda que se trate de um governo com um índice de aprovação popular baixíssimo -- de apenas 14% da população --, ainda que se trate de um governo sem a legitimidade das urnas, há que se observar que a vitória arrasadora do governo na votação da PEC na Câmara -- 359 votos a 116 -- atesta que o executivo federal retomou o controle sobre o Congresso Nacional, elemento fundamental de governabilidade no presidencialismo autoritário vigente no Brasil.

---

<sup>32</sup> BOITO Jr., Armando. A crise política do neodesenvolvimentismo e a instabilidade da democracia. *Crítica marxista*, São Paulo, n° 42, 2016.

Por outro lado, como observa André Singer, nota-se por ora uma “passividade popular” diante do avanço neoliberal. “Como as consequências da PEC não são imediatas, os setores de baixa renda ignoram que ela visa a desmontar a ideia de saúde e educação universais gratuitas”. Tudo dependerá, contudo, do desempenho da economia. Se os empregos não voltarem, a tendência é de que a insatisfação com o atual mandatário cresça cada vez mais.<sup>33</sup>

O avanço da reação popular ao projeto neoliberal e privatista do governo, portanto, é uma possibilidade mais que plausível num futuro próximo.

### Referências:

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANTUNES, Ricardo. *O novo sindicalismo*. São Paulo: Editora Brasil Urgente, 1991.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. São Paulo: Consulta Popular, nov. 1999 (Caderno n. 7).

BOITO Jr., Armando *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999.

\_\_\_\_\_. Neoliberalismo e relações de classe no Brasil. *Idéias*, Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas-Unicamp, ano 9 (1), 2002.

\_\_\_\_\_. As bases políticas do neodesenvolvimentismo. Fórum Econômico da FGV-SP, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16866/Painel%203%20-%20Novo%20Desenv%20BR%20-%20Boito%20-%20Bases%20Pol%20Neodesenv%20-%20PAPER.pdf?sequence=1>. Acesso em: out. 2016.

\_\_\_\_\_. A natureza da crise política brasileira. Disponível em: [http://www.adunicamp.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Le\\_Monde\\_Diplomatique\\_Brasil\\_2016\\_Reduzido.pdf](http://www.adunicamp.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Le_Monde_Diplomatique_Brasil_2016_Reduzido.pdf). Acesso em: out. 2016.

\_\_\_\_\_. A crise política do neodesenvolvimentismo e a instabilidade da democracia. *Crítica marxista*, São Paulo, nº 42, 2016.

<sup>33</sup> SINGER, André. Um longo inverno. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 out. 2016, p. A-2.

---

COLETTI, Claudinei. *A estrutura sindical no campo*. Campinas (SP): Editora da Unicamp; Centro de Memória – Unicamp, 1998.

FIORI, José Luís. *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1995.

\_\_\_\_\_. Para um diagnóstico da “modernização” brasileira. In: FIORI, José Luís; MEDEIROS, Carlos (orgs.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GONÇALVES, Reinaldo; POMAR, Valter. *O Brasil endividado: como nossa dívida externa aumentou mais de 100 bilhões de dólares nos anos 90*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

GRZYBOWSKI, Cândido. *Caminhos e descaminhos dos movimentos sociais no campo*. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: Fase, 1987.

MATTOSO, Jorge. *O Brasil desempregado: como foram destruídos mais de 3 milhões de empregos nos anos 90*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

MERCADANTE, Aloizio. Plano Real e neoliberalismo tardio. In: MERCADANTE, Aloizio (org.). *O Brasil pós-Real: a política econômica em debate*. Campinas (SP): Instituto de Economia-Unicamp, 1998.

MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?* São Paulo: Editora SENAC, 2001.

NORONHA, Eduardo. A explosão das greves na década de 80. In: BOITO Jr., Armando (org.). *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

QUADROS, Waldir José de. Crise do padrão de desenvolvimento no capitalismo brasileiro: breve histórico e principais características. *Cadernos do Cesit*, Instituto de Economia-Unicamp, n. 6, [s.d.].

RODRIGUES, Leôncio Martins. As tendências políticas na formação das centrais sindicais. In: BOITO Jr., Armando (org.). *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

SAES, Décio. O governo de FHC e o campo político conservador. In: REBELO, Aldo et al. *Reeleição: escalada contra a democracia*. São Paulo: Anita Garibaldi, [s.d.].

---

SINGER, André. Raízes sociais e ideológicas do lulismo. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 85.

\_\_\_\_\_. Um longo inverno. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 out. 2016, p. A-2.

---

## IMIGRAÇÃO ILEGAL NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO: DESAFIOS À PROTEÇÃO DE DIREITOS

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira<sup>1</sup>  
Estela Cristina Vieira de Siqueira<sup>2</sup>*

### Resumo

Este artigo objetiva analisar os intensos processos de globalização do final do Século XX, que levaram a uma maior interconectividade entre as nações. Isso significou também uma intensificação nos fluxos de informações e mercadorias. O mesmo verificar-se-ia, de forma análoga, com relação aos deslocamentos humanos - porém, com uma diferença: para estes, o controle de fronteira é mais rígido. Neste contexto, as condições de trabalho, dispostas em Convenções e Declarações internacionais, são universais. Aqueles que se insurgem quanto à permanência de imigrantes englobam-no em um duplo estereótipo impossível de ser atingido - o de que ele satura o Estado, por não trabalhar e, ao mesmo, tempo ocupa vagas de trabalho dos nativos - algo ironicamente comparável ao Gato da Equação de Schrödinger, simultaneamente morto e vivo, da mecânica quântica. Surge em 1990 a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, a primeira a versar sobre a garantia de direitos trabalhistas aos trabalhadores ilegais. Quais, então, são os desafios apresentados por esse cenário, já que, embora tenha representado grande inovação quanto à sua temática, a Convenção carece de ratificação pelos países onde a maioria dos imigrantes trabalha e vive? No presente trabalho, o método de pesquisa utilizado será o analítico e técnica de pesquisa será a bibliográfica.

---

<sup>1</sup> Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Federal do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho no Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). Professor de Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

<sup>2</sup> Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professora na Faculdade de Três Pontas – FATEPS/UNIS. E-mail: estelacvieira@gmail.com.

---

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Globalização. Migração Econômica. Convenções Internacionais. Imigração.

### **Abstract**

This paper aims to analyze the intense globalization processes from the end of the Twentieth Century, which led to greater interconnectivity between nations. This also meant an intensification in the flows of information and products. The same is likely to be noticed concerning human displacements - but with a difference: for human beings, the border control is more rigid. In this context, the working conditions, as expressed in international Conventions and Declarations, are universal. Those who are against the permanence of immigrants often use a double stereotype to justify their position, one impossible to achieve in reality – paradoxically, the immigrant saturates the state, by not working, and at the same time takes up job opportunities - something ironically comparable to Schrödinger's Cat, the quantum mechanics paradox, which holds the cat simultaneously dead and alive. Then comes, in 1990, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, the first Convention to amplify labour rights to illegal workers. What are the challenges presented by this scenario, since, although the Convention poses itself as a great innovation on the theme, it still has not been ratified by countries where most immigrants work and live? For this study, the chosen research methods were the analytical method, alongside with bibliographic research.

**Keywords:** Labour Law. Globalization. Economic Migration. International Conventions. Immigration.

### **Introdução**

A história dos fluxos migratórios confunde-se com a própria história da humanidade. Diversos são os prováveis motivos que impelem – ou forçam - indivíduos

a se deslocarem de seus locais de origem a outros, por vezes remotos a sua pátria-matriz.

Em especial, no que diz respeito às relações de trabalho, as intensas modificações no contexto da exploração de trabalho, consequência direta do processo de globalização – intensificado nas últimas décadas – provocaram grandes deslocamentos humanos em busca de melhores condições de vida, criando uma categoria distinta de migrantes: *os migrantes econômicos*.

Segundo o Fundo Populacional das Nações Unidas (UNFPA), apenas no ano de 2015, 244 milhões de pessoas encontravam-se fora de seus países de origem, espalhadas pelo mundo todo. Isso significa um percentual de 3,3% da população mundial total<sup>3</sup>, a maioria destes indivíduos em busca de melhores condições econômicas para se viver.

Desta maneira, buscando o sonho de sobreviver de maneira digna e garantir meios de subsistência para si e para suas famílias, que, por vezes, permanecem no país de origem, os fluxos passaram a partir, comumente, de países em desenvolvimento para países desenvolvidos. Entre os imigrantes, há um senso comum de que “o bom provedor é aquele que parte”<sup>4</sup>.

Contudo, a despeito do que apregoam alguns teóricos, como o economista e filósofo libertário *Ludwig von Mises*<sup>5</sup>, ainda não há no contexto internacional – e mesmo em direito interno dos países – o instituto da *livre imigração*. Isso se reflete, por via de consequência nas relações de trabalho também.

Com a intensificação dos fluxos migratórios nas últimas décadas, surgiu no cenário global uma necessidade de haver um instrumento legal que lidasse não apenas com os imigrantes em geral e refugiados, mas também com essa hipótese de migração econômica para fins de trabalho, ainda não prevista por nenhuma convenção<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> UNFPA. **Migration – Overview**. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/migration>> Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>4</sup> DEPARLE, Jason. **A Good Provider Is One Who Leaves**. *New York Times*, New York. Sessão 6, coluna 1. p. 50, 22 de abril de 2007.

<sup>5</sup> MISES, Ludwig von. **Liberalism In The Classical Tradition**. 3. Ed. New York, Foundation for Economic Education/ Cobden Press, 1985. p. 137-138.

<sup>6</sup> PARLAMENTO EUROPEU. **Current Challenges in the implementation of the Un International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families**. Bruxelas, União Europeia, 2013. p. 7.

O primeiro documento a versar sobre o assunto dos trabalhadores imigrantes foi a Convenção N. 143 da Organização Internacional do Trabalho, a *Convenção Sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes*<sup>7</sup>, de 1975, entrando em vigor em 1978.

No entanto, ainda não havia nenhum aspecto do referido documento que tratasse sobre o crescente grupo dos imigrantes ilegais e suas relações de trabalho, bem como provisões legais que abrangessem também as suas famílias.

O mesmo só viria a ocorrer com a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Adotada em 1990, só entraria em vigor em 2003.

Tal convenção, embora enfatize que os Estados possam realizar as medidas necessárias de combate à imigração ilegal e controle de fronteiras, salvaguarda também que, mesmo para os trabalhadores em condição de ilegalidade de estadia no território, todos os direitos trabalhistas devem ser garantidos. Sem exceção<sup>8</sup>.

Popular entre os países **de onde** os imigrantes se deslocam, os chamados *países em desenvolvimento*, a Convenção de 1990 não obteve tão caloroso acolhimento entre os países desenvolvidos, **para onde** os imigrantes se deslocam, que, em sua vasta maioria, rechaçaram a mesma, não a ratificando.

Quais, então, são os desafios apresentados por esse cenário, já que, embora tenha representado grande inovação quanto à sua temática, a Convenção carece de implementação nos países onde a maioria dos imigrantes trabalha e vive?

A fim de realizar a exposição do tema, o método de pesquisa utilizado foi o analítico, utilizando-se a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa.

---

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 143 sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312288)> Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>> Acesso em: 29 mar. 2016.

## 1. Globalização e migração

Com o avanço dos processos de globalização, principalmente desde a década de 70 do século XX, as fronteiras econômicas passaram a ser mais etéreas, e a linha divisória entre os mercados mais tênue.

O mesmo, no entanto, não pode ser dito acerca das fronteiras físicas dos Estados, que, em processo inversamente proporcional, passaram a utilizar-se de controles de imigração cada vez mais rígidos.

Tal contrassenso se reflete na afirmação de Adela Pellegrino<sup>9</sup>, ao dizer que

El proyecto liberal en materia de circulación de capitales y mercancías, sostenido por gran parte de los Estados centrales, entra en contradicción con los severos controles impuestos a la libre movilidad de trabajadores y a la radicación de las personas en los territorios nacionales de dichos Estados.

Se antes a perspectiva de sucesso de um ser humano, no período do êxodo rural provocado pelas Revoluções Industriais do século XIX, dava-se no âmbito familiar e/ou da cidade para a qual o indivíduo se deslocava, hoje, em virtude do intenso acesso à informação, *o horizonte do migrante passa a ser o mundo*<sup>10</sup>.

Após as duas Grandes Guerras, houve grande intensificação dos processos migracionais – principalmente àqueles referentes aos refugiados de guerra, com ênfase para a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, em 1951. Os indivíduos passaram a deixar seus lugares de origem, para além de fronteiras, em busca de uma vida mais digna.

Contudo, apenas na década de 80, em um processo cada vez mais amplo de abertura ao mercado internacional, a globalização conheceria seu auge, tendo não

---

<sup>9</sup> PELLEGRINO, A. **La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes**. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Marzo 2003. (Serie Población y Desarrollo, 35). Disponível em: <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7172/S033146\\_es.pdf?sequence=>](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7172/S033146_es.pdf?sequence=>)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>10</sup> MARTINE, George. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 abr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392005000300001>.

apenas como responsáveis, mas como mentores intelectuais<sup>11</sup>, duas das maiores figuras políticas do século XX: Ronald Reagan e Margareth Thatcher.

Tendo em vista estes principais agentes, não é exagero, portanto, concluir que

Globalization is inseparable from the existence of a hegemon. It is not that globalization is a process where most of the countries, and peoples participate on an equal footing, engaging equally in exchange and production. Globalization emerges only when a hegemon ensures safe roads or safe seas for many to engage in commerce and investment<sup>12</sup>.

Como resultado da integração econômica, facilitam-se também o fluxo de informações e – principalmente – de capital, bem como de serviços e, por via de consequência, de pessoas para além das fronteiras nacionais.<sup>13</sup>

Sob esse aspecto, “(I)ncreased migration is evident not only from less to more developed regions of the world, but also among countries within integrated economic zones”, como é o caso da União Europeia<sup>14</sup>.

Contudo, ainda, as maiores controvérsias e o maior impacto com relação às políticas de migração seguem sendo com relação às migrações de regiões menos desenvolvidas para as mais desenvolvidas por motivos de maior estabilidade financeira, geralmente acompanhada de oportunidades de trabalho. A estas, daremos o nome de migrações econômicas.

### 1.1. Migração Econômica

economic migrant<sup>15</sup>  
noun [C] /i:.kə'nom.ɪk ,maɪ.grənt/

<sup>11</sup> L'HÉRITAGE de la “Dame de Fer”. **Le Monde**. Disponível em <[http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2013/04/09/l-heritage-de-la-dame-de-fer\\_3156627\\_3208.html](http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2013/04/09/l-heritage-de-la-dame-de-fer_3156627_3208.html)> Acesso em: 05 abr. 2016.

<sup>12</sup> MILANOVIC, B. *On the threshold of the Third Globalization: Why Liberal Capitalism Might Fail?* Washington, DC: World Bank - Development Economics Research Group (DECRG), p.4, December 1999. Preliminary Draft. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=262176>> Acesso em: 05 abr. 2016.

<sup>13</sup> LI, Peter. **World Migration in the Age of Globalization: Policy Implications and Challenges**. New Zealand Population Review, Auckland, 33/34: p. 1-22, 2013.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> ECONOMIC MIGRANT. Cambridge English Dictionaries & Thesaurus. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Disponível em <<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/economic-migrant>> Acesso em: 05 abr. 2016.

---

a person who leaves their home country to live in another country with better working or living conditions

Fruto dos processos de globalização, intensificados nas últimas décadas, surge uma nova e pulsante categoria de migrantes: *os migrantes econômicos*. Neste sentido, Czaika e de Haas<sup>16</sup> afirmam que

The core idea is that growing social, economic and cultural interconnectedness epitomised by the concept of ‘globalisation’ has facilitated migration in ever greater numbers between an increasingly diverse and geographically distant array of destination and origin countries.

Estima-se que, considerando-se apenas o ano de 2015, cerca de 244 milhões de pessoas encontravam-se em deslocamento migratório pelo mundo todo, fora de seus países de origem, o equivalente ao percentual de 3,3% da população mundial total<sup>17</sup>.

Destes, a maioria o fez em virtude da busca por melhores condições de vida e trabalho.

Bauman<sup>18</sup> faz menção à “existência de uma população excedente” que, incapaz de conseguir um emprego em seu país de origem, ou ainda, desprovida de status social garantidor de uma existência digna, vê-se confinada aos processos de modernização.

Muito antes das grandes guerras, que se tornariam a grande causa dos deslocamentos em massa do século XX, faz-se necessário lembrar que ambas somente vieram a ocorrer em razão dos conflitos provocados pelos processos de colonização, por parte dos países detentores dos meios tecnológicos e modernizantes, em sua incessante luta por poder.

Pode-se dizer que, a nível mundial, no contexto do pós-guerra, desde 1945, houve a criação de uma nova divisão internacional do trabalho<sup>19</sup>, na qual “(T)he most

---

<sup>16</sup> CZAIIKA, Mathias; DE HAAS, Hein. **The Globalisation of Migration: Has the world really become more migratory?** IMI Working Papers. Oxford: International Migration Institute (IMI), Oxford Department of International Development (QEH), University of Oxford, 2013. p.5.

<sup>17</sup> UNFPA. **Migration – Overview**. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/migration>> Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>18</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2004. p. 50.

<sup>19</sup> FRÖEBEL, Folker, et al. **The New International Division of Labour**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1980.

*common pattern is for research and development in more economically developed countries, and cheap, less skilled labour in less economically developed countries.*"<sup>20</sup>

Bauman, então, menciona o fato de que, inicialmente, o fluxo se dava das regiões militar e tecnologicamente superiores para "territórios ainda intocados".<sup>21</sup> Os chamados "excedentes econômicos", a quem o autor propositalmente chama de "refúgio", até então, eram alguns europeus, que não possuíam status na sociedade, e que, portanto, eram enviados em missões colonizadoras, a fim de suavizar o excedente que preocupava o setor econômico.

Hoje, ocorre o inverso.

Estima-se que nos últimos anos, o abismo entre o produto interno bruto *per capita* dos países mais desenvolvidos e os menos desenvolvidos tenha se aprofundado, eclipsando-se, levemente, apenas pelo rápido crescimento econômico dos países membros dos BRICs<sup>22</sup>, na primeira década do século XXI.

Em contrapartida, os 10 países mais populosos da África possuem hoje PIB *per capita* inferior ao do período de sua independência<sup>23</sup>.

Os motivos, portanto, que levam uma pessoa a se deslocar de região para região, nestas hipóteses, são bastante visíveis. O menor dos salários nos países desenvolvidos, ainda que na informalidade e sem a devida cobertura dos benefícios oferecidos a trabalhadores regularizados, é mais atraente aos migrantes econômicos do que permanecer em seu país de origem, com um futuro incerto.

Contudo, exatamente em razão de serem externos ao meio econômico no qual se pretendem inserir, há que se fazer uma divisão entre os tipos de migrantes econômicos, pois há entre eles *os desejados* e *os indesejados*<sup>24</sup>.

O critério para esta "seleção migratória"<sup>25</sup> se dá em razão do que o país receptor ganhará ao se aproveitar da mão-de-obra migrante. Quanto mais economicamente útil,

<sup>20</sup> MAYHEW, Susan. **New International Division of Labour**. In: A DICTIONARY OF GEOGRAPHY. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 347.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 51.

<sup>22</sup> MILANOVIC, Branko. **The Economic Causes of Migration: After Lampedusa: Should the world be composed of gated communities?** The Globalist, Washington, 2013. Disponível em <<http://www.theglobalist.com/economic-causes-migration/>> Acesso em: 06 abr. 2016.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. **Os Trabalhadores Bolivianos em São Paulo: Uma abordagem jurídica**. 2011. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Universidade de São Paulo, 2011. p. 20.

mais academicamente qualificado, mais desejado. Quanto menos qualificado, mais marginalizado e menos desejado.

Dentro deste sistema perverso, surge umas das situações mais complexas e controversas do Direito Internacional do Trabalho: *o trabalhador imigrante em condição de ilegalidade*.

### **1.1.1. Trabalhadores imigrantes em condição de ilegalidade**

Políticas de controle de fronteira sempre existiram e sempre existirão. Por mais que os intensos processos de globalização tenham relativizado as distâncias, a permissividade (ou a total falta dela) em permitir a entrada de pessoas em um território continua sendo aspecto profundamente controverso das políticas internacionais.

Há que se delimitar, inicialmente, quem é o imigrante, visto que há diversas categorias de migrantes, não possuindo todos o mesmo conceito. Neste sentido,

[...] a imigração pode então ser definida como a presença no seio da ordem nacional (i.e., na nação e, virtualmente, [...] na nacionalidade) de indivíduos não-nacionais (i.e., de estrangeiros, [...] de outra nacionalidade), e a emigração, por simetria, como a ausência da ordem nacional [...] de nacionais pertencentes a essa ordem; o imigrante é aquele que realiza a presença estrangeira e, correlativamente, o emigrante é aquele ausente que se encontra no estrangeiro<sup>26</sup>.

Mesmo em países onde há manifesta boa vontade em receber imigrantes (hipótese na qual o Brasil se enquadra, inclusive), por vezes o fluxo de imigração é superior à capacidade do controle de fronteira de realizar o pleno acolhimento de todos os indivíduos.

Entretanto, nem todos os países os recebem de braços abertos. Alguns imigrantes não possuem um visto de entrada no Estado hospedeiro e o fazem, portanto, de maneira ilegal. Uma vez no território, o processo de conferência do status de legalidade ao imigrante pode ser longo e cheio de requisitos específicos que, por vezes, deixam o

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> SAYAD, Abdelmalek. **A imigração: ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998. p. 266.

indivíduo em um estágio de *limbo* jurídico, à margem do sistema democrático. Por vezes, tal status nem mesmo é concedido.

As implicações de tal situação são de que nem sempre o imigrante que aguarda a concessão do visto ou a recusa do mesmo tem meios financeiros de retornar ao seu país de origem (e aqui tratamos apenas do caso de migração econômica e não de refúgio, hipótese na qual o migrante não retorna ao país de origem por fundado medo de perseguição).

Desta maneira, este indivíduo muito provavelmente, uma vez no país, não o deixará. Porque não o deseja e (este, o ponto mais controverso da questão da ilegalidade de imigração) porque *não pode*.

Marginalizado pela sociedade por possuir o estigma de ser *o outro*, o “ilegal” ou, ainda, “*o refúgio*”<sup>27</sup> mencionado por Bauman, as políticas públicas de imigração costumam falhar em acolher o imigrante em toda a sua complexidade. Isso abre lacunas para a xenofobia, como descreve Timóteo:

Um outro ponto a ser notado em elaboração de políticas imigratórias é o fato de que simbolicamente algumas delas contribuem para estigmatizar determinados grupos e dar força a preconceitos, estimulando a xenofobia e relacionando, no imaginário da população, imigração ilegal à criminalidade<sup>28</sup>.

E dentro desta categoria - a dos imigrantes ilegais – encontra-se uma parcela ainda mais controversa: a dos trabalhadores em condição de ilegalidade de imigração.

Tal indivíduo opõe um paradoxo à sociedade em que se insere. Quem se indis põe à sua entrada normalmente o faz com base em dois argumentos absolutamente opostos: o imigrante, ao mesmo tempo, estaria a tomar vagas no mercado de trabalho *e também* a invadir o país, não trabalhando e permanecendo nas ruas, saturando o Estado – tal qual

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2004.

<sup>28</sup> TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. **Os Trabalhadores Bolivianos em São Paulo: Uma abordagem jurídica**. 2011. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Universidade de São Paulo, 2011. p. 21.

ao gato da equação de Schrödinger<sup>29</sup>, da mecânica quântica, na qual o felino utilizado no experimento estava, teoricamente, morto e vivo ao mesmo tempo, enquanto dentro da caixa experimental.

Eis que surge o “*Imigrante de Schrödinger*”<sup>30</sup>, expressão cunhada pela primeira vez, ironicamente, pelo jornal satírico *News Thump*, em resposta ao pré-candidato republicano para as Eleições dos EUA, Donald Trump, grande defensor do argumento de que tratamos.

Deixando de lado o ácido humor do jornalismo britânico, a expressão, cientificamente falando, ajuda-nos a compreender de forma melhor o preconceito que existe em torno da figura do imigrante ilegal. Contudo, em nossa hipótese, verificamos que tal argumento - o de que o imigrante é “preguiçoso”<sup>31</sup> e não trabalha e/ou satura o mercado de trabalho *ao mesmo tempo* - além de fisicamente impossível, é também falacioso.

Primeiro, como vimos acerca da globalização, é pouco prática a ideia de que empregos possuam identidade nacional<sup>32</sup>. Segundo, há uma tendência do mercado em buscar trabalhadores em condição de vulnerabilidade, para que supram uma necessidade de mercado que não será suprida pelos nativos.

Neste sentido, ainda mais vulneráveis aqueles que se apresentam em condição de ilegalidade.

Nos países centrais, onde há a garantia de certas liberdades, os trabalhadores conquistaram direitos trabalhistas, sendo protegidos juridicamente, em razão de sua hipossuficiência frente aos detentores dos meios de produção<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> GAMLEN, Alan, et al. **Getting rid of Schrödinger’s immigrant**. Oxford University Press Blog, Oxford, 18 de dezembro de 2015. Disponível em: < <http://blog.oup.com/2015/12/schrodingers-immigrant-investment-funds/>> Acesso em: 23 abr. 2016.

<sup>30</sup> ADLER, Nathan; INGOLDSBY, Jack. **Donald Trump warns of Schrödinger’s immigrant who ‘lazes around on benefits whilst simultaneously stealing your job’**. News Thump, Londres, 7 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://newsthump.com/2015/09/07/donald-trump-warns-of-schrodingers-immigrant-who-lazes-around-on-benefits-whilst-simultaneously-stealing-your-job/>> Acesso em: 23 abr. 2016.

<sup>31</sup> PLANAS, Roque. **Rush Limbaugh Attacks Mexican Immigrants, Inaccurately Portraying Them As Lazy And Government-Dependent**. The Huffington Post, Nova Iorque, 31 de janeiro de 2013, Latino Voices. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2013/01/31/rush-limbaugh-attacks-mexicans-immigrants\\_n\\_2593915.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/01/31/rush-limbaugh-attacks-mexicans-immigrants_n_2593915.html)> Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>32</sup> CHOMSKY, Aviva. **They Take Our Jobs!: And 20 Other Myths about Immigration**. Boston: Beacon Press books, 2007. p. 3.

<sup>33</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

Contudo, para os imigrantes ilegais, por não estarem em dia com sua documentação e vistos de permanência, encontram-se à margem desse sistema de leis e garantias trabalhistas, mesmo após a Convenção de Versalhes, de 1919, e a criação da Organização Internacional do Trabalho.

Há que se notar a existência de legislação específica sobre a questão do trabalho dos indivíduos em imigração. Contudo, apesar de existirem diversas convenções que versem sobre a questão, ainda, por motivos diversos, notadamente de matriz econômica, a questão do imigrante ilegal segue sem regulamentação no que tange aos seus direitos trabalhistas.

## 2. Convenção e ratificação

Em 1975, surge no cenário das Convenções internacionais sobre direitos do trabalho a *Convenção Sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes*<sup>34</sup>, a primeira a versar sobre o tema dos trabalhadores em condição de imigração. Somente entraria em vigor a partir de dezembro de 1978.

Embora inovadora, no que diz respeito ao tratamento especial ao imigrante, ainda não traria em seu texto, de maneira específica, nenhuma disposição que versasse sobre os imigrantes ilegais.

Tal tema – o da imigração ilegal - somente seria tratado em uma Convenção 12 anos depois, em 1990, na *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*<sup>35</sup>, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas.

---

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 143 sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes**. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312288)> Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>> Acesso em: 22 abr. 2016.

Contudo, devido à sua controvérsia, essa Convenção somente entraria em vigor no ano de 2003, 13 anos após sua promulgação, sob fortes críticas e com a ratificação mínima necessária: apenas 20 países<sup>36</sup>.

Um dos pontos mais controversos de seu texto, e principal motivo pela grande quantidade de países – majoritariamente desenvolvidos – a não a ratificarem, está contido no artigo 68<sup>37</sup>, cujo texto afirma que

#### Artigo 68º

(...)

2. Os Estados de emprego adoptam todas as medidas adequadas e eficazes para eliminar o emprego, no seu território, de trabalhadores migrantes em situação irregular, impondo nomeadamente, se for caso disso, sanções aos seus empregadores. Tais medidas não prejudicam os direitos que assistem aos trabalhadores migrantes relativamente ao seu empregador, emergentes da sua situação laboral.

Como se vê, embora desencoraje a imigração ilegal, garantindo aos países plenos direitos de se posicionarem nesse sentido como suas leis determinarem, por sua vez, no que diz respeito aos direitos trabalhistas, a Convenção afirma que não poderão ser feitas distinções de qualquer sorte entre os trabalhadores migrantes, sejam estes legalizados ou não.

O que se afirma no inciso 2 do referido artigo, portanto, é o fato de que, mesmo que o trabalhador sofra sanções quanto à sua condição de irregularidade (e que até mesmo o empregador o possa sofrer, ao se aproveitar de seu trabalho), os direitos oriundos exclusivamente da relação laboral permanecem *intactos*.

A controvérsia se dá em razão da já mencionada vulnerabilidade dos trabalhadores ilegais. Por se encontrarem à margem do sistema jurídico, já que não possuem sua permanência regularizada, muitos empregadores se aproveitam de tal fato

---

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Migrant Workers Convention Ratification List**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)> Acesso em: 22 abr. 2016.

<sup>37</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>> Acesso em: 22 abr. 2016.

para lhes explorar a mão-de-obra, “empregando-os em condições menos favoráveis do que a outros trabalhadores”<sup>38</sup>.

Voltamos à equação de Schrödinger. Embora rechaçado, em razão da xenofobia que sofre por sua condição de ilegalidade frente ao sistema – chamado de peso para o Estado, ao mesmo tempo em que, teoricamente, ocuparia os empregos dos nativos – o imigrante ilegal segue sendo força motriz para as grandes economias, por ser altamente rentável e de baixo custo.

Legalizado ou, ainda que ilegal, mas com seus direitos trabalhistas minimamente garantidos, não mais seria vantajoso mantê-lo. Teria as mesmas garantias que um nativo, razão essa pela qual muitos indivíduos nascidos nos países desenvolvidos se opõem à imigração econômica.

Dos 10 países com os maiores fluxos migracionais do mundo (de acordo com dados dos anos 2000), nenhum ratificou a Convenção<sup>39</sup>. A maior parte das ratificações é composta por países de onde os imigrantes partem, como o México, Bangladesh e as Filipinas<sup>40</sup>.

Isso significa dizer que o maior desafio à implementação da Convenção é o fato de que ela não possui efeito nos países onde a maioria dos indivíduos à qual ela se destina, os trabalhadores migrantes, de fato, trabalham e vivem.

O maior desafio segue sendo o resguardo da dignidade na relação empregatícia deste indivíduo, tão vulnerável nas ordens jurídica e econômica, já que, como não há plena efetividade da Convenção, ele permanecerá invisível à proteção do Estado.

---

<sup>38</sup> THOMPSON, Laura. Protection of Migrants’ Rights and State Sovereignty. Disponível em: <[https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/about-iom/docs/DDGs\\_commentary\\_Protection\\_of\\_Migrants.pdf](https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/about-iom/docs/DDGs_commentary_Protection_of_Migrants.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2016.

<sup>39</sup> INTERNATIONAL CATHOLIC MIGRANT COMISSION. **Strengthening Protection of Migrant Workers and their Families with International Human Rights Treaties – A Do-it-yourself Kit.** Disponível em:

<[https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ICP/IDM/ICMC-Strengthening-Protection-of-Migrant-Workers-and-Their-Families.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IDM/ICMC-Strengthening-Protection-of-Migrant-Workers-and-Their-Families.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2016.

<sup>40</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Migrant Stock: The 2015 Revision.**

Disponível em: <

<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>> Acesso em: 22 abr. 2016.

Antes de qualquer Convenção sobre direitos trabalhistas, a garantia de *condições equitativas e satisfatórias de trabalho*<sup>41</sup> está em outro documento, um dos mais importantes da história da humanidade: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Não se trata de ser conivente com a ilegalidade da imigração, mas, antes, trata-se de ser rígido com os abusos na relação de trabalho.

### **Considerações finais**

Os intensos processos de globalização do final do século XX levaram a uma maior interconectividade entre as nações. A história dos fluxos migratórios pode até confundir-se com a própria história da humanidade e de sua formação, mas é na pós-modernidade que os deslocamentos humanos adquirem sua face mais controversa: a da migração econômica.

Nesse sentido, mantendo-se em mente o fato de que os controles de fronteira sempre existirão, a despeito dos processos de globalização, e que a tendência é que estes tornem-se cada vez mais rígidos – já que o sonho das *open borders* dos libertários costuma se revelar somente sob o aspecto de informações e transações de mercadorias e serviços, mas não de seres humanos – vimos que inúmeros são os desafios para o resguardo do direito destes, inclusive àqueles relacionados aos direitos *do* trabalho e *ao* trabalho – estes sim, universais.

Um dos pontos cruciais para a massiva ausência de ratificação da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*, é o fato de que tais trabalhadores, embora sujeitos de direito nos espectros internacional e interno das nações, encontram-se desprotegidos enquanto estiverem ilegalmente no território destas.

Tal situação é alvo de duras críticas, já que este indivíduo – o imigrante ilegal – por vezes sem condições econômicas de retornar ao seu lugar de origem, não tem outra escolha a não ser ingressar no mercado de trabalho, ainda que ilegalmente.

---

<sup>41</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 23 abr. 2016.

Teoricamente, isso seria suficiente para ensejar direitos de ordem trabalhista. Não é o que acontece.

Há que se frisar que não se trata, de forma alguma, de encorajar a imigração ilegal, já que segue sendo resguardado a cada país o direito de se posicionar nesse sentido. Trata-se, portanto, apenas de garantir que não haverá, sobre nenhuma hipótese, situação trabalhista em condições desfavoráveis *a qualquer ser humano*, a despeito de sua procedência ou de sua condição de permanência.

Aquilo que disser respeito à sua relação meramente laboral com o empregador deve ser resguardado, garantia esta que ainda sofre com os entraves causados pela não ratificação da referida Convenção. Nos países destino, onde ela se faz mais necessária, o imigrante ilegal segue sendo para o Direito do Trabalho Internacional o paradoxo da equação de Schrödinger: um mistério, até que se desvelem as leis – físicas ou jurídicas – que o circundam.

### Referências:

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2004.

CHOMSKY, Aviva. **They Take Our Jobs!: And 20 Other Myths about Immigration**. Boston: Beacon Press books, 2007. p. 3.

CZAIKA, Mathias; DE HAAS, Hein. The Globalisation of Migration: Has the world really become more migratory? **IMI Working Papers**. Oxford: International Migration Institute (IMI), Oxford Department of International Development (QEH), University of Oxford, 2013. p.5.

DEPARLE, Jason. **A Good Provider Is One Who Leaves**. *New York Times*, New York. Sessão 6, coluna 1. p. 50, 22 de abril de 2007.

ECONOMIC MIGRANT. Cambridge English Dictionaries & Thesaurus. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Disponível em

<<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/economic-migrant>> Acesso: em 05 abr. 2016.

FRÖEBEL, Folker, et al. **The New International Division of Labour**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1980.

GAMLEN, Alan, et al. **Getting rid of Schrödinger's immigrant**. Oxford University Press Blog, Oxford, 18 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://blog.oup.com/2015/12/schrodingers-immigrant-investment-funds/>> Acesso em: 23 abr. 2016.

INTERNATIONAL CATHOLIC MIGRANT COMISSION. **Strengthening Protection of Migrant Workers and their Families with International Human Rights Treaties – A Do-it-yourself Kit**. Disponível em <[https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ICP/IDM/ICMC-Strengthening-Protection-of-Migrant-Workers-and-Their-Families.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IDM/ICMC-Strengthening-Protection-of-Migrant-Workers-and-Their-Families.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2016.

L'HÉRITAGE de la “Dame de Fer”. **Le Monde**. Disponível em <[http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2013/04/09/l-heritage-de-la-dame-de-fer\\_3156627\\_3208.html](http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2013/04/09/l-heritage-de-la-dame-de-fer_3156627_3208.html)> Acesso em: 05 abr. 2016.

LI, Peter. **World Migration in the Age of Globalization: Policy Implications and Challenges**. New Zealand Population Review, Auckland, 33/34: p. 1-22, 2013.

MARTINE, George. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, set. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 abr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392005000300001>.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

MAYHEW, Susan. **New International Division of Labour**. In: A DICTIONARY OF GEOGRAPHY. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 347.

MILANOVIC, Branko. **On the threshold of the Third Globalization: Why Liberal Capitalism Might Fail?** Washington, DC: World Bank - Development Economics Research Group (DECRG), p.4, December 1999. Preliminary Draft. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=262176>> Acessos em: 05 abr. 2016.

MILANOVIC, Branko. **The Economic Causes of Migration: After Lampedusa: Should the world be composed of gated communities?** The Globalist, Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.theglobalist.com/economic-causes-migration/>> Acesso em: 06 abr. 2016.

MISES, Ludwig von. **Liberalism In The Classical Tradition**. 3. Ed. New York, Foundation for Economic Education/ Cobden Press, 1985. p. 137-138.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>> Acesso em: 29 mar. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 23 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Migrant Stock: The 2015 Revision**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>> Acesso em: 22 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Migrant Workers Convention Ratification List**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)> Acesso em: 22 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 143 sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes**. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312288](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312288)> Acesso em: 29 mar. 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. **Current Challenges in the implementation of the Un International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families**. Bruxelas, União Europeia, 2013. p. 7.

PELLEGRINO, A. ***La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes.*** Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Marzo 2003. (Serie Población y Desarrollo, 35). Disponível em: <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7172/S033146\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7172/S033146_es.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

PLANAS, Roque. **Rush Limbaugh Attacks Mexican Immigrants, Inaccurately Portraying Them As Lazy And Government-Dependent.** The Huffington Post, Nova Iorque, 31 de janeiro de 2013, Latino Voices. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2013/01/31/rush-limbaugh-attacks-mexicans-immigrants\\_n\\_2593915.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/01/31/rush-limbaugh-attacks-mexicans-immigrants_n_2593915.html)> Acesso: em: 18 abr. 2016.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração: ou os paradoxos da alteridade.** São Paulo: EDUSP, 1998. p. 266.

THOMPSON, Laura. **Protection of Migrants' Rights and State Sovereignty.** Disponível em: <[https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/about-iom/docs/DDGs\\_commentary\\_Protection\\_of\\_Migrants.pdf](https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/about-iom/docs/DDGs_commentary_Protection_of_Migrants.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2016.

TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. **Os Trabalhadores Bolivianos em São Paulo: Uma abordagem jurídica.** 2011. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Universidade de São Paulo, 2011.

UNFPA. **Migration – Overview.** Disponível em: <<http://www.unfpa.org/migration>> Acesso em: 29 mar. 2016.

---

**RACISMO E EXCLUSÃO NA DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA:  
UMA REFLEXÃO A PARTIR DA GESTÃO DO GOVERNO  
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*Pietro Nardella-Dellova*<sup>1</sup>

**Resumo**

O presente Artigo aborda a difícil questão do uso dos recursos naturais, especialmente a água e a crise hídrica. Mas, por um caminho oblíquo identifica a prática de racismo na gestão governamental quanto à distribuição, vez que o governo prestigia as áreas nobres em detrimento das populações periféricas. Mais do que gestão, verifica-se um abuso e uma discriminação, racismo velado, ao escolher pessoas que poderão utilizar a água sem impedimentos e pessoas que sofrerão cortes não oficiais.

**Palavras-chave:** água, gestão pública, discriminação social, racismo velado, injustiça

**Riassunto**

Questo articolo affronta la difficile questione dell'uso delle risorse naturali, in particolare l'acqua e la crisi idrica. Ma per un percorso indiretto identifica la pratica del razzismo nella gestione governativa circa la distribuzione, poiché il governo onora le zone nobili a danno delle popolazioni periferiche. Oltre che gestione, c'è un abuso e discriminazione, il razzismo velato, scegliendo le persone che possono utilizzare l'acqua senza ostacoli e le persone che soffrono di riduzione informale.

---

<sup>1</sup> Pietro Nardella-Dellova é Professor de Direito Civil e de Direitos Humanos. Doutorado (em curso) em Ciências Jurídicas e Sociais, com a Tese “*A Tessitura dos Direitos Humanos no Direito Civil*”, pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela USP. Mestre em Ciências da Religião pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil e em Literatura. Formado em Direito e em Literatura. Apoiador do *Gruppo Martin Buber* (Roma/Milano) para o diálogo entre israelenses e palestinos. Membro dell'*Associazione socio-culturale Notre Napul a Visionaire* (Napoli) . Autor de vários livros.

**Parole chiave:** acqua, gestione pubblica, discriminazione sociale, razzismo velato, ingiustizia

### **Por que esse texto?**

O presente texto é uma reflexão que pode permitir, entre outros aspectos, uma visão mais ampla ou, ao menos, um ponto de vista amplificado sobre os processos de ocupação, migração, relação com o meio ambiente e respectivos conflitos.

Tratar e refletir sobre o meu tema, a partir dos conflitos socioambientais e urbanos exige retomar o “fio da meada” desde as primeiras experiências e, em especial, as relatadas na Carta de Pero Vaz de Caminha (1500)<sup>2</sup>, sobre como se deu a ocupação, bem como os propósitos posteriores, e, anos depois, a crítica e pontual manifestação da História do Brasil, de Frei Vicente do Salvador (1630)<sup>3</sup>. É de fundamental importância considerar o “status” do Brasil sob as Ordenações<sup>4</sup>, além de outros tantos documentos reveladores (refiro-me mais aos textos da Literatura, considerando-os, desde logo, como “documentos” reveladores). Como ensinou Jaeger em sua Paidéia: “para encontrar um povo em sua história é melhor buscá-lo em sua Literatura”.

No caso, a Literatura brasileira é pródiga em “revelação”!

No que respeita aos conflitos socioambientais e urbanos, (pre)ocupou-me a questão da água e sua inteligente (e justa) utilização, assunto antigo,<sup>5</sup> mas que ganhou maior popularidade diante da estiagem no Sudeste, agravada em São Paulo. Procurarei, em determinado momento da reflexão, “chamar” o assunto, embora não tenha condição nenhuma, por agora, de aprofundá-lo.

Parece-me que assim, no contexto dos conflitos socioambientais e urbanos (também, rurais), desponta um grave problema que não é apenas a escassez d’água, mas sua distribuição que se revela perversa, como veremos adiante, sob critérios que se revelam excludentes, racistas e geograficamente injustos.

---

<sup>2</sup> Na Carta, é relatado ao Rei que dois degredados foram deixados já na primeira viagem;

<sup>3</sup> Frei Vicente do Salvador aponta a destruição a que foi submetida a terra;

<sup>4</sup> Por exemplo, o Livro V das Ordenações Filipinas que convertem o Brasil em uma prisão e destino para degredados;

<sup>5</sup> Outra vez, o Frei Vicente do Salvador, 1630;

Some-se à (pre)ocupação acima, a fala do Presidente da Nestlé, no final de 2014, defendendo a privatização da água. Uma questão (e proposição) tão nefastas quanto o é a expressão, neste caso, “privatização”!<sup>6</sup>

Porém, não estamos falando de “casas servidas”, mas de seres humanos. Melhor dizendo, estamos falando de quem “vai” ou “não vai” receber água. Quem será (ou está sendo), ou não, punido com a distribuição iníqua da água em São Paulo.

São Paulo carrega em sua História o fato de ter sido o último Estado do mundo (e Campinas, a última cidade) a liberar o último escravo. Além disso, nela Poetas se manifestaram pela abolição ou fazendo-lhe críticas severas, como, Álvares de Azevedo.<sup>7</sup> Por exemplo, os proprietários paulistas se dirigiam ao Rio de Janeiro para comprar escravos por alto preço (a fim de utilizá-los nas minas de ouro). Tal situação criou certa crise na produção de cana de açúcar.<sup>8</sup>

Outro aspecto importante refere-se ao fim da Escravidão e, de modo imediato, a criação do processo de imigração. Outra vez, por São Paulo começou a movimentação de “compra” de mão de obra imigrante (em especial, a italiana) para a lavoura de café.<sup>9</sup> Imigração que se dá desde o final da escravatura, no final do Século XIX e segue até meados do Século XX (um pouco antes da II Guerra Mundial). Eis um dado importante, pois os trabalhadores imigrantes acabaram por ocupar as áreas periféricas de São Paulo.

Outro dado importante é o que se verifica após a II Guerra Mundial, especificamente, com a instalação da Indústria automobilística no Brasil, digo, em São Paulo. Com esse momento industrializante, a mão de obra passa a ser a nordestina (processo migratório), dando início ao processo de favelização de São Paulo e da Grande São Paulo, estendendo-se às zonas periféricas.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Fiz uma nota no meu Blog sobre o assunto “privatização da água”, conforme a fala do Presidente da Nestlé ([www.nardelladellova.blogspot.com/](http://www.nardelladellova.blogspot.com/))

<sup>7</sup> Cartas de Álvares de Azevedo.

<sup>8</sup> Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezesete. RJ: José Olympio Ed, 1965, pág 247;

<sup>9</sup> Dois bons livros que tratam do assunto são:

- a) Cheywa R. Spindel. Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira. RJ: Paz e Terra, 1980 e, também, o de
- b) Renzo M. Grosselli. Da Schiavi Bianchi a Coloni. Um Progetto per le Fazendas. Trento: EFFE, 1991;

<sup>10</sup> A favelização começa no entorno das montadoras, no ABC Paulista, estende-se para a Zona Sul, passando por Diadema e, depois, seguindo para a Zona Leste paulistana, criando um todo com a periferia.

O resultado é que quase 60% das famílias na Cidade de São Paulo moram em regime de locação, alguns milhões em favelas e outros tantos em cortiços, para os quais é negado (ou oferecido precariamente) os mais elementares serviços públicos. Um dos quais, a água!

Enfim, esse trabalho (melhor, essa reflexão) ficará em torno dessa ocupação, com relevo para São Paulo e, nos últimos anos, com a crescente discriminação, preconceito e, então, racismo, no que se refere à utilização dos recursos naturais e, em toda medida, aos serviços públicos. Procurarei apontar a questão atualíssima da distribuição (com discriminação e punição) de água.

## **1. Um pouco antes da “Independência”**

### **1.1. O nome “brasil-eiro” e aspectos de uma discriminação <sup>11</sup>**

As terras do Brasil sempre foram vistas, desde o início, como um espaço do qual se pode retirar algo para o “exterior”, como, por exemplo, ouro ou prata. Vejamos o trecho do primeiro documento jurídico, histórico e literário:

[...] nela, até agora, não pudemos saber que haja ouro ou prata, nem coisa de metal ou ferro; nem o vimos. Porém a terra em si é de muito bons ares, frios e temperados [...] as águas são muitas, infindas [...]”<sup>12</sup>

Daí que logo após a “descoberta” de Cabral e a Carta de Pero Vaz de Caminha, a nova terra passou a ser chamada de “*terra brasilis*”, acentuando a importância do pau-brasil, árvore abundante em todo o litoral, especialmente importante no comércio europeu para uso em tinturarias. Há um mapa português de 1519, com esse nome mesmo “*terra brasilis*” com desenhos de animais e indígenas cortando, amarrando e transportando os troncos do pau-brasil para o litoral (a fim de carregarem as embarcações).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> De uma apresentação no PPGSD da UFF, em Sociologia Rural, bem como de outro Artigo de minha lavra “Terra: Uma Reflexão Sobre seu Uso e Abuso no Contexto Social Brasil(eiro);

<sup>12</sup> A Carta de Pero Vaz de Caminha, diário de 1º de maio. SP: Ed Moderna, 2000, pág. 60;

<sup>13</sup> Douglas Tufano. Com. à Carta de Pero Vaz de Caminha. SP: Ed. Moderna, 2000, pág. 13;

Mesmo depois, com a monocultura colonial e pós-colonial, a ideia sempre é a de retirar, produzir e exportar, com pouca ou nenhuma preocupação com a formação de redes sociais integradas. Tipo de economia, tanto a extrativista quanto a de produção de monocultura, que vai ser denunciada, desde os primórdios, como sendo destrutiva. Em 1630, Frei Vicente do Salvador faz duras críticas ao processo de devastação das terras brasileiras, incluindo críticas ao próprio nome “Brasil” e à ausência de espírito civilizatório, exatamente por ser esta uma expressão economia e não de alma nacional. Eis um expressivo trecho deste livro:

[...] e por mais ricos que sejam, tudo pertendem levar a Portugal e, se as fazendas e bens que possuem souberam falar, também lhe houveram de ensinar a dizer como aos papagaios, aos quais a primeira coisa que ensinam é: papagaio real para Portugal, porque tudo querem para lá. E isto não têm só os que de lá vieram, mas ainda os que cá nasceram que uns e outros usam a terra, não como senhores, mas como usufrutuários, só para a desfrutarem e a deixarem destruída. Donde nasce também que nem um homem nesta terra é republico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular.[...]. Estas são as razões por que alguns com muita dizem que não permanece o Brasil nem vai em crescimento [...]” (sic para todo o trecho)<sup>14</sup>

Talvez esse aspecto ajude a entender melhor o porquê da necessidade e imposição da mão de obra escrava, inicialmente indígena, e *a posteriori* africana, bem como da imigração, em especial, italiana. A fim de dar conta da transferência em ritmo acelerado das riquezas para outros cantões do mundo. Em outras palavras, marca-se um tipo de atividade econômica predatória, que exige a mão de obra “descartável”.

Desse “comportamento” resultarão situações problemáticas não resolvidas até hoje como, por exemplo, o processo de favelização (são 11 milhões de favelados hoje, com uma grande maioria de negros), a disputa de terras no campo (MST) e os conflitos dos agricultores (latifundiários ou grandes produtores) com as populações indígenas. Em outras palavras, conflitos sociais em relação à terra que resultam em conflitos urbanos!

---

<sup>14</sup> Frei Vicente do Salvador. História do Brasil (1500-1627, terminada em 1630). 4ª Edição revista por Capistrano de Abreu, Rodolfo Garcia e Frei Venâncio Wileke, comemorativa do 4º centenário do autor. SP: Melhoramentos, 1965, pág 58-59;

Também, é importante a visão de origem para contextualizar a procedência dos conflitos, sua continuidade e uma certa falta de permanência dos núcleos rurais (relações de pessoas no campo).

Além disso, como revela a Carta de Pero Vaz de Caminha, então, documento de 1500, bem como as Ordenações Filipinas de 1630 e o citado livro de Frei Vicente de Salvador, o Brasil, além de uma terra a ser explorada (sem permanência), era destino de degradados. Pedro Álvares Cabral, conforme a Carta, deixou, logo de cara, dois degradados nas terras recém descobertas,<sup>15</sup> dando um caráter de exílio, prisão, reclusão, a que seria destinado o Brasil.

Obviamente, esse caráter marcará o tipo de olhar que se tem sobre o Brasil e, não fossem outros fatos históricos sobre o olhar para Portugal, isto é, direito de portugueses sobre o Brasil, bastaria citar a primeira grande remoção ocorrida no Rio de Janeiro, por D. João, em 1808. Os moradores de duas mil casas foram removidos para dar lugar aos portugueses que chegaram com o Rei (sua Corte).

O nome do Brasil estabeleceu-se, conforme lembra Frei Vicente do Salvador, a partir de uma perspectiva econômica, especialmente, de caráter exploratório, tendo em vista que a principal mercadoria era o pau-brasil. Conforme o apontamento que fizemos acerca de uma mapa português de 1519, no qual há o nome “*terra brasilis*”.

Daí, por extensão, todo e qualquer objeto de mercadoria passou a ser chamado de “brasil” e, no plural, “brasis”. Vimos, também, que o comércio era todo canalizado para Portugal, bem como o caráter de “prisão”, conforme a Carta de Pero Vaz de Caminha, mas, principalmente, pelas Ordenações Filipinas (Livro V).

O Brasil era um grande fornecedor de “coisas”, “brasis”, e, assim, o português comerciante de coisas do Brasil, provavelmente, dono ou arrendatário das embarcações, tinha como profissão fazer negócios com os “brasis”. Era chamado de “brasil(eiro)”<sup>16</sup>

Trata-se de um fato importante que comprova um tanto do que Frei Vicente de Salvador denuncia em 1630, visto acima. Também é importante para caracterizar o tipo

---

<sup>15</sup> Carta de Pero Vaz de Caminha (diário de 25 de abril) e, também, 1º de maio. No mesmo sentido o Livro V das Ordenações Filipinas que estabelecem o Brasil como uma prisão pra degradados.

<sup>16</sup> O sufixo “eiro” não designa, na gramática, o estado de nacionalidade, mas de atividade, profissão. Por exemplo, padeiro, marceneiro, engenheiro, carreteiro e, no caso desse texto, brasileiro!

de relação que tais “comerciantes” tinham com a terra e, sobretudo, o tipo de relacionamento social.

Conforme a cátedra de Afonso Arinos de Melo Franco, *brasileiro* era a designação dada ao português (ou outro europeu, estrangeiro) que negociava com coisas do Brasil, enquanto *brasiliano* e *brasiliense* indicavam os brancos nascidos em terras brasileiras ou os originais da terra, isto é, indígenas.<sup>17</sup>

Acreditamos que os designativos *brasiliano* e *brasiliense* não foram utilizados após a Independência (1822) como correspondentes gramaticalmente corretos da nacionalidade, pois carregam consigo, de forma extensiva, outros significados, a saber, no caso dos brancos nascidos nas terras brasileiras, sua primeira ligação com degredados e prostitutas (Ordenações Filipinas, Livro V) e, portanto, a marca da não cidadania, sobretudo se considerarmos que a Igreja Católica, era responsável (até a Proclamação da República) pelos registros civis (religiosos) das pessoas católicas.<sup>18</sup> Todos os outros não tinham registros e, entre os tais, os nascidos fora do casamento. Ainda, designa o original da terra, do qual se dizia não possuir alma.

Outro aspecto importante refere-se aos registros imobiliários, tendo em vista que alguém não sendo cidadão cartorariamente considerado, ou seja, não tendo registro de nascimento, obviamente não teria, também, registro imobiliário em seu nome.

Segundo o que se pode concluir, as remoções ocorridas em 1808<sup>19</sup> e, depois, a anexação de terras, em função da Lei de Terras de 1850, prejudicaram enormemente os “possuidores” de tais bens (urbanos ou rurais) que, embora sem registro, eram, os possuidores legítimos. Diríamos hoje, “possuidores *ad usucapionem*”, ou seja, possuidores com *status* de proprietário (com *ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*)<sup>20</sup>

## 1.2. A ideia não revelada de “*domus*” ou o Sistema lusitano para o Brasil

<sup>17</sup> Afonso Arinos de Melo Franco, Jânio Quadros e Francisco de Assis Barbosa. História do Povo Brasileiro. (em 6 volumes). Vol IV. 1ª ed. SP: Janio Quadros Editores Culturais, 1967, pág 39

<sup>18</sup> Keila Grinberg. Código Civil e Cidadania. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pág 37 e segs.;

<sup>19</sup> O Jornal BRASIL DE FATO publicou um texto de minha autoria tratando exatamente das remoções de 1808 em maio de 2014;

<sup>20</sup> IUS UTENDI, IUS FRUENDI et IUS ABUTENDI (direito de usar, desfrutar e dispor do bem), assim como aparece no antigo Código Civil de 1916, bem como no atual de 2002. e para aprofundamento: Luis Rodolfo Argüello. Manual de Derecho Romano. 3ª edición. Buenos Aires; Adstrea, pág 167 e segs;

A expressão “*domus*” designa a casa romana. Mas, não simplesmente a “casa” em seu sentido atual. Casa, como lugar para se lançarem raízes e lugar de culto doméstico. Daí que todo “*domus*” era uma espécie de centro religioso privado do cidadão romano, o lugar onde se mantinha acesa a chama inextinguível do “Fogo Sagrado”<sup>21</sup>, ou seja, a pira onde ardia a alma dos antepassados.

*Domus*, portanto, traz uma ideia de permanência e pertencimento. No “*domus*” irradia-se para todos os membros da família (*famulus*) a luz (do fogo) que une, congrega, faz comungar e, a partir do *domus*, obtém-se a célula social romana. Quase todos os institutos de Direito Civil (*iura civile*) nascem no *domus*.

Um dos aspectos importantes refere-se ao fato de que não há cidadania plena romana, a saber, *status civitatis*, *status libertatis et status familiae*<sup>22</sup> sem a conexão imediata com o *domus*. Isso se verifica exatamente porque é no *domus* que se faz a manutenção do “Fogo Sagrado”, símbolo expressivo da família e de sua existência na sociedade romana. Isso é tão verdadeiro que institutos como “sucessão”, “adoção”, “matrimônio”, entre outros, nascem e têm significado apenas no contexto do *domus* e da “família” romana<sup>23</sup>.

Poderíamos dizer, junto com Osman Lins, que a casa (*domus*) é o ponto central do universo social, em ordem gradual: casa, praça, mundo.<sup>24</sup> É o lugar onde a pessoa desenvolve suas habilidades sociais e, também, onde encontra os primeiros conflitos e, em face deles, “treina” os enfrentamentos futuros.

Além disso, a casa estabelece o ser político, o ponto central da *polis*. Poderíamos dizer que, estando em um lugar, sabendo onde está, a pessoa saberá, ou tem possibilidade de saber, aonde quer estar. Há, nesse sentido, participação política.

Mas, desde a “descoberta”<sup>25</sup> a ideia (e práxis) portuguesa foi a da pulverização. Ou seja, a de não permitir a uma família, ou grupo de famílias, ficarem em um lugar,

<sup>21</sup> A Cidade Antiga de Fustel De Coulanges é, segundo meu entendimento, o melhor e mais claro livro sobre o “Fogo Sagrado” e sua importância na sociedade romana.

<sup>22</sup> J. Arias Ramos. Derecho Romano: Apuntes Didactos para un Curso. Vol I-III. 4ª Edicion. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado [s/d], págs 627-645;

<sup>23</sup> Por “família” quero dizer apenas o conjunto patrimonial do paterfamilias, ou seja, o senhor do domus.

<sup>24</sup> Osman Lins. O Retábulo de Santa Joana Carolina

<sup>25</sup> Digo, INVASÃO.

lançarem raízes em um lugar. Haveria, conforme o Prof. Ênio Brito, um “tipo” de *projeto lusitano* para o Brasil: moradias transitórias e movimentação constante.<sup>26</sup>

Embora não tenha, no presente momento, a base bibliográfica, não obstante, é possível saber do processo de constante movimentação (e desagregação social) apenas por “ver” a situação no Rio de Janeiro e em São Paulo, lugares onde mais de cinquenta por cento moram em casas de aluguel, favelas, cortiços e vias públicas.

Destaco a relação locatícia que se tornou a regra de “moradia”, quando deveria ser apenas subsidiária (*locatio rei*, conforme o Direito Romano). Outro ponto muito importante é o sistema de favelização com onze milhões de pessoas, bem como a periferização social.

Como dito acima, há uma diferença entre *brasil-eiros*, *brasilianos* e *brasilienses*. Aos dois últimos foram reservadas as áreas periféricas ou subumanas. Aos primeiros, o “direito” de morar nas áreas nobres e centrais.

Segundo minha percepção, tanto no Centro-Oeste quanto nas áreas costeiras (Rio e São Paulo), há um “racismo” e “preconceito” que começa mesmo com o termo designativo de nacionalidade e com o denunciado projeto lusitano para o Brasil. O que há de pior em termos de acesso a bens, serviços privados e públicos, atendimento médico-hospitalar, segurança, escola etc, fica sempre nas áreas periféricas. O morador de tais áreas apenas sai de tais lugares para trabalhar nas áreas centrais.

## 2. Processo de “perpétua” constitucionalização

Tratar do processo de perpétua constitucionalização. Por quê?

Porque me parece que, de alguma forma, conseguimos algum esclarecimento do *ethos* desagregador das populações brasileiras (preferiria, *brasilianas*).

Basta verificar que o Brasil possui mais de oito Constituições e mesmo a de 1988 já parece ser outra, em face das mais de oitenta ECs (Emendas Constitucionais). A impressão que se tem, assim como no caso do item anterior (projeto lusitano para o

---

<sup>26</sup> Conforme o Prof. Dr. Ênio Brito do Programa de Ciências da Religião da PUC/SP, em palestra e debate no ano de 1987, quando ali desenvolvi estudos pós-graduados no Mestrado em CRe;

Brasil), é o da não permanência, da pressa, da exploração ou, como disse Frei Vicente do Salvador, um comportamento apressado para destruir enquanto explora.

Mas, se por um lado parece haver superficialidade ou um retardamento no trato das questões emergentes e, daí, uma Constituição que realmente incluía a todos, por outro, não houve pressa para a primeira, tendo em vista que a “proclamação” da Independência do Brasil deu-se em 1822, mas sua primeira Constituição foi “outorgada” apenas em 1824. Dois anos sem nascer!

Creio que ainda não houve qualquer pacto de ordem social e por isso mesmo cada vez que um determinado grupo assume o “poder”, para logo pretende uma Constituição para si mesmo. Não há, nesse sentido, projeto nacional e, por isso mesmo, não há projeto social.

Se, *ab initio*, a Constituição retardou dois anos após a “independência” e fácil saber o porquê<sup>27</sup>, todas as outras foram casuísticas. Os conflitos eram inúmeros em 1822, assim como com o advento da Proclamação da República e, depois, com a Constituição de 1988. Mesmo a Constituição Federal de 1988, embora chamada de “democrática”, criou uma situação de abstração, ou abstralidade, isto é, “Direito Forma” em combate com o “Direito Real”.

São exemplos disso, entre outros, o “salário mínimo” constitucional em flagrante assimetria com o “salário mínimo legal e aplicado”; o direito social à “moradia” em conflito com o direito individual da “propriedade”. Situação, como essa última (moradia x propriedade) que traduz um conflito não apenas no plano doutrinário, mas na prática judiciária, especialmente, quando as tutelas individuais são aplicadas, de modo inapropriado, para os casos sociais. Por exemplo, quando se obtém uma reintegração de posse (tutela individual) contra um grupo de ocupantes (esforço para a moradia), de caráter social.

Ao apontar, ainda que em breves linhas, deixo uma porta aberta para retornar em outra oportunidade e aprofundar a questão do processo de constitucionalização, o pacto social e os meios emancipatórios das pessoas em sociedade.

---

<sup>27</sup> Uma ideia dos embates e conflitos à época podem ser apreendidos nos escritos de José Bonifácio, especialmente, no que se chama “Pensamento Vivo de José Bonifácio”;

Além disso, tento chamar a atenção para *dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da* do chamado Estado Democrático de Direito. Significa dizer, pois, se é princípio – e fundamental – é ponto de valor em torno do qual, como espiral, deveríamos desenvolver um pensamento, um conceito, um comportamento e um juízo de valor. Se é fundamental (e princípio) é, então, base, fundamento, alicerce *sine qua non* para o Estado Democrático de Direito.

Parece-me bem claro que o um pacto social deveria começar disso mesmo: dignidade da pessoa humana, não em dimensão “formal”, “abstrata” e “ideal”, mas, como “algo” a ser construído cotidianamente, a partir do reconhecimento e efetivação de determinados direitos, como, por exemplo, moradia e cidadania (plena).

### 3. São Paulo e o “resto”

#### 3.1. Escravidão, imigração e exploração <sup>28</sup>

O tópico “Escravidão” e, também, imigração, bem que poderia ser chamado de “*mentalidade escravocrata brasileira*” de exploração e, assim, abranger três períodos historicamente marcantes: escravização dos indígenas, escravização dos negros e “escravização” dos imigrantes, tendo em vista que o trato e o “*modus operandi*” dos senhores (proprietários) em relação aos três grupos foi sempre o mesmo. Aliás, não apenas o mesmo, mas continuamente o mesmo, tendo em vista que os “herdeiros” dos indígenas, negros e imigrantes foram se tornando os periféricos (brasilianos e brasilienses). Em décadas mais recentes têm servido à mão de obra na indústria.

Esses vários (e conseqüentes) períodos históricos são muitíssimamente importantes, tendo em vista que o trato social e econômico vai se construir em função desse elemento fundante. O Brasil, então, tem como elemento fundante, o processo de escravização ou, em outras palavras, a exploração da mão de obra (seja rural ou urbana, digo, industrial) o que, como sói acontecer, impõe uma concentração de terras de

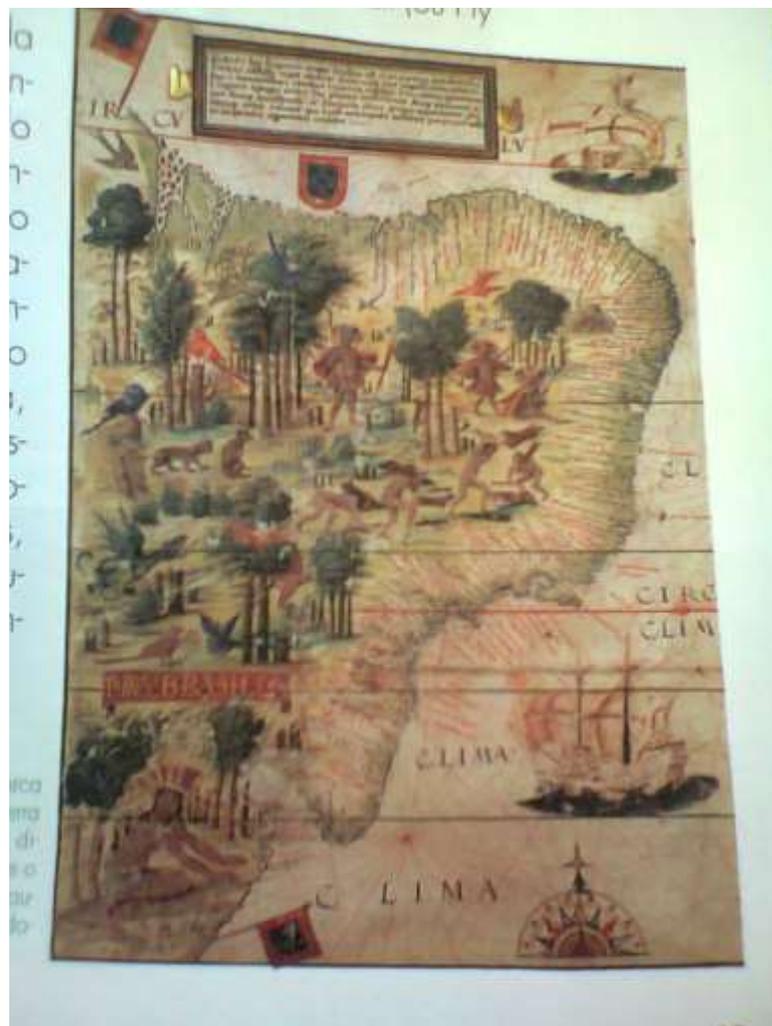
---

<sup>28</sup> Conforme uma Apresentação no PPGSD da UFF, Sociologia Rural e, também, de Artigo de minha lavra “Terra: Uma Reflexão sobre o seu Uso e Abuso no Contexto Social Brasil(eiro), em vias de publicação pela Revista Logos;

grandes proporções nas mãos de alguns poucos e, via de consequência, um processo migratório constante nas áreas rurais (seria melhor dizer, agrícola).<sup>29</sup>

A escravização se dá, logo de início, de forma violenta e desumana, contra os indígenas que acabam por ser obrigados (via violência legitimada por um discurso religioso de salvação e catequização) a cortar, acondicionar e transportar os troncos de pau-brasil.

O mapa abaixo demonstra que já em 1519 os indígenas estavam sendo submetidos à escravização e exploração.



30, 31

<sup>29</sup> Embora o livro “Introdução Crítica à Sociologia Rural”, organizado por José de Souza Martins, da Editora Hucitec, SP, 1981, especialmente no Capítulo 8 “Diferenças Fundamentais entre o Mundo Rural e o Urbano”, pág 298 e segs., apresente um outro quadro que, por ser baseado em realidade européia, apresenta uma certa permanência do elemento rural no campo (em contraste com o urbanista)

Nada surpreendente se considerarmos o caráter mercantilista nas navegações.

A situação indígena seguirá assim, sob violência e escravidão, pelos próximos cem anos, alterando-se, em certa medida, com o advento e desenvolvimento da Companhia de Jesus. Então, os Jesuítas conseguiram a jurisdição sobre os índios, aliás, em 1609 conseguiram mesmo a liberdade dos mesmos.

Ocorre que, por pressão dos “paulistas” donos dos engenhos de açúcar, bem como de outros segmentos da sociedade, incluindo a do Rio de Janeiro, em 1611 o Rei de Portugal revogou a lei anterior, dispondo a nova legislação que era possível levar o indígena à escravidão desde que aprisionados em “justa guerra” ou “resgatados”.

Como não deve ser difícil de deduzir, a nova lei de 1611 deixou seus dispositivos vagos, pois o homem branco poderia promover qualquer tipo de guerra e classificá-la como justa, bem como “resgatar”, mediante pagamento, das mãos de terceiros. Isso deu margem à violência entre tribos, bem como, por quaisquer outros que se apoderassem de um indígena.<sup>32</sup>

De qualquer forma começou um processo de resistência, tênue ou não, que levou à escassez de mão de obra indígena. Na verdade, o século dezessete inteiro experimentou diversas legislações contraditórias. Se, por um lado, não era tão comum realizar uma guerra justa, por outro, ao contrário, o termo que apareceu na lei de 1611, ou seja, “resgate” deu margem para um verdadeiro tráfico interno de escravos indígenas e, não poucas vezes, com requintes de violência, incluindo a violência entre os próprios indígenas e seus familiares<sup>33</sup> próximos.<sup>34</sup>

Desde o início houve, também, a entrada de africanos, em menor número que foi, todavia, crescendo. Obviamente, para uma mentalidade mercantilista que visava lucro, o

---

<sup>30</sup> Douglas Tufano. Comentários à Carta de Perro Vaz de Caminha. SP: Moderna, pág 13

<sup>31</sup> Tenho outras gravuras de época, como, por exemplo, a dos negros em São Paulo e Rio de Janeiro sofrendo toda sorte de violência; a dos imigrantes; a dos trabalhadores rurais reduzidos à condição de escravos; a dos indígenas; a dos operários do ABC Paulista, entre outras. Não achei pertinente trazer todas, em um primeiro momento dessa reflexão, mas o farei, adiante, no desenvolvimento da Tese de Doutorado;

<sup>32</sup> Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezessete. Vol 6. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1965, pág 33;

<sup>33</sup> Estou chamando de “familiares” para designar, na verdade, filhos e parentes próximos.

<sup>34</sup> Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezessete. Vol 6. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1965, pág 34;

melhor parecia ser mesmo a utilização do trabalho indígena que durou mais ou menos duzentos anos: todo o século dezesseis e, conforme dito acima, com as várias e confusas leis, durante o século dezessete.

No mesmo período, os africanos foram sendo comercializados e sua entrada, em maior número deu-se a partir do século dezessete.

Desde a ocupação portuguesa em 1500 até o final do século dezessete, a chamada “economia brasileira” baseou-se, em princípio, no pau-brasil e, em seguida, na cana de açúcar e, ao menos, pelo começo do século dezoito, ainda poderemos falar em cana de açúcar. Mas, no século dezessete, além da cana de açúcar começou-se e exploração das minas de ouro. Intensificou-se, assim, o comércio de africanos internos.

Os proprietários paulistas se dirigiam ao Rio de Janeiro para comprar escravos por alto preço (a fim de utilizá-los nas minas de ouro). Tal situação criou certa crise na produção de cana de açúcar.

Com a crise na produção de açúcar, houve proibição do aproveitamento da mão de obra escrava (africana) nas minas de ouro o que acabou por intensificar o comércio e aquisição de africanos diretamente de Angola. Estima-se que durante o século dezoito mais ou menos 1 milhão de africanos entraram no Rio de Janeiro.<sup>35</sup>

Segundo algumas fontes, o Brasil possui cerca de 7 milhões de indígenas e, no curso dos séculos dezesseis a dezoito, entraram mais ou menos 9 milhões de africanos (conforme um dado europeu, foram aproximadamente 40 milhões de negros).<sup>36</sup>

Enfim, esses milhões foram desapossados (os indígenas) ou transferidos da África como *res* (coisa patrimonial).

Difícil traçar em um trabalho como esse, de caráter quase ensaístico, todas as repercussões, todavia, alguns aspectos atuais da organização social e política, as crises urbanas, os conflitos nas áreas indígenas, têm seus nascedouros em um Brasil colonial que não se preocupou com a sanha e excitação mercadológica. Muitos indígenas morrem ou são expulsos de suas áreas ainda hoje. Há uma população favelada de 11 milhões de seres humanos e os conflitos agrários estão longe de se resolver.

<sup>35</sup> Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezessete. RJ: José Olympio Ed, 1965, pág 247;

<sup>36</sup> Romain Rainero. Storia dell’Africa: dall’epoca coloniale ad oggi. Torino: Edizioni Rai, 1966.

A terra foi usada, melhor seria dizer: usurpada. Houve abuso da mão de obra indígena, inclusive com legitimação, em vários momentos, da própria comunidade religiosa. Poderíamos dizer que os corpos dos milhões de indígenas, caçados, acorrentados, bem como dos milhões de negros, transformaram-se em adubo, em pasto, em mortandades. Não havia – e não houve – sequer registros individuais. Mercadoria descartável.

Como explica Alfredo Bosi, o negro foi marcado pela maldição de Cam.<sup>37</sup> Trata-se de uma maldição bíblica (conforme leitura católica) que foi lançada sobre Cam e sua geração, ou seja, os africanos. Conforme a interpretação católica da Bíblia, a partir do livro de Gênesis, Noé amaldiçoou Cam (o pai dos africanos) para servir a seus irmãos Shem e Jafé perpetuamente.

Tal interpretação foi levada para o tempo colonial, mantida pelo discurso religioso a tal ponto de criar a apatia pelo negro. Ou seja, a maldição é do negro, do africano, pela mão de Noé, portanto, carrega em si mesmo a vontade divina.

Em face da economia desde logo extrativista e, depois, monocultural e, ainda, o fato da produção servir-se de mão de obra escrava, podemos apontar a origem dos latifúndios. Grandes porções de terra para a extração de riquezas ou cultivo de uma só cultura com mão de obra servil.<sup>38</sup>

Marx, citado por Alfredo Bosi, dá o tom preciso:

O descobrimento das jazidas de ouro e prata da América, a cruzada de extermínio, escravização e sepultamento nas minas da população aborígine, o começo da conquista e o saqueio das Índias Orientais, a conversão do continente africano em zona de caça de escravos negros, são todos fatos que assinalam os albores da era da produção capitalista. Estes processos idílicos representam outros tantos fatores fundamentais no movimento da acumulação originária. Atrás deles, pisando em suas pegadas, vem a guerra comercial das nações européias, cujo cenário foi o planeta inteiro.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Alfredo Bosi. *Dialética da Colonização*. 2ª edição. SP: Cia das Letras, 1994, pág. 246 e segs.

<sup>38</sup> Eis o contexto que nos trazem Sérgio Buarque de Holanda, Florestan Fernandes, Myrian Ellis et alii, no *A Época Colonial*. Tomo I, Vol 2. SP: Dif Européia do Livro, 1960, pág. 192 e segs.;

<sup>39</sup> Karl Marx. *El Capital*. México, FCE, vol II, p. 638, apud Alfredo Bosi. *Dialética da Colonização*. 2ª edição. SP: Cia das Letras, 1994, pág. 20

Um novo elemento vai compor o quadro social e rural brasileiro. Trata-se do imigrante.<sup>40</sup>

A imigração<sup>41</sup> brasileira marcadamente italiana deve ser vista sob dois ângulos, em termos sociais. Um deles é a decadência da mão de obra escrava como elemento de economia e, daí, a necessidade de se contratar mão de obra paga. Vale dizer, trabalho livre. A necessidade da mão de obra imigrante deu-se já em um momento de superação da cana de açúcar e em pleno desenvolvimento do café.<sup>42</sup> Imigração é uma necessidade brasileira, mas, a outra faceta deve ser o peso da emigração.

Em outras palavras, o imigrante brasileiro é, antes de mais nada, um emigrante. Ele carrega consigo uma história européia, uma história de família, de guerras, de empobrecimento e, em muitos casos, diria, a maioria, a perspectiva de retornar à sua pátria.

Um outro aspecto que nunca foi muito levado em conta no Brasil em relação ao imigrante, além do fato de ser ele um emigrante, é que o imigrante não é necessariamente de um mesmo grupo nacional. Isso vale outra vez, em especial, para o italiano. O que parece chegar ao Brasil é imigração italiana, mas, apenas por um equívoco, pois o que chegam realmente, são cidadãos napolitanos, sicilianos, calabrês, venezianos, romanos etc. Cada qual com sua língua (e não dialeto), suas histórias e, no caso da Itália, uma recente história de unificação forçada que levou milhares à morte.

Esse é o quadro social, em resumo, do imigrante que chega ao Brasil. Daí que para logo mostrar-se-á que esta pessoa não se submete como o fazia ainda o escravo ou, ainda, mais anteriormente, o indígena.<sup>43</sup>

Poucos desses milhões de imigrantes conseguirão adquirir uma gleba. A grande maioria vai se dirigir às capitais, em busca de novos trabalhos na área urbana. São Paulo é o exemplo mais contundente em alguns bairros da Zona Leste, destinos de famílias

---

<sup>40</sup> De uma apresentação no PPGSD da UFF, “Sociologia Rural” e, também, do meu Artigo “Terra: Uma Reflexão sobre seu Uso e Abuso no Contexto Social Brasi(eiro)”, em vias de publicação na Revista Logos;

<sup>41</sup> Caio Prado Junior. História Econômica do Brasil. SP: Brasiliense, 1994, pag 187

<sup>42</sup> Cheywa R. Spindel. Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira. RJ: Paz e Terra, 1980, pág 54 e 55

<sup>43</sup> Um bom livro, nesse sentido, é o de Renzo M. Grosselli. Da Schiavi Bianchi a Coloni. Um Progetto per le Fazendas. Trento: EFFE, 1991;

inteiras de imigrantes que, impedidos de adquirir a terra, vão desenvolver quaisquer outras atividades na área urbana.

Principalmente, se considerarmos que a grande massa imigratória chegou em fins do século dezenove e, portanto, entra no século vinte enfrentando duas grandes guerras, com repercussão imediata em face da segunda guerra (já que a origem dos imigrantes era maiormente da Itália, envolvida no Eixo).

#### **4. São Paulo no Século XXI, a esperada crise da água e o racismo e exclusão na distribuição da água**

Uma reflexão como essa (e com tal temática) é um convite à aflição de pensar (e pensar), sopesar (e sopesar) sem parar, pois, como dito logo no início, tratamos com Pessoas Humanas e, além disso, com a Dignidade da Pessoa e, na base, quero dizer, cidadania real, plena e efetiva, bem como respeito à cidadania real, plena e efetiva.

Fazer uma incursão histórica e econômica desde a Carta de Pero Vaz de Caminha, recuperando o processo pelo qual se cria uma mentalidade, no caso, excludente, preconceituosa, perversa e, considerando alguns aspectos, também racista no seio da sociedade brasil-eira, parece-me, honestamente, o caminho mais seguro para pensar, também, soluções ou encaminhamentos de soluções.

A Carta de Pero Vaz de Caminha é, embora um simples texto, um dos documentos mais reveladores, tanto de História direta, Geografia e Economia, quanto de Pensamento. Se vale dizer, é o chamado “primeiro documento da Literatura brasil-eira” (no sentido exato do que significa “brasil-eiro”). Oxalá possa retomar o tema, em outro contexto, e valendo-me quiçá da Literatura, fazer um tipo de varredura na História do pensamento brasil-eiro, brasileiro e brasiliense.<sup>44</sup>

Nesse sentido, surge São Paulo em toda a História do Brasil, em especial, no que respeita à Economia. Desde a exploração da mão de obra indígena, africana, imigrante, bem como nordestina e, nos últimos anos, fazendo “plagium”<sup>45</sup> com bolivianos e paraguaias.

---

<sup>44</sup> Acompanho aqui, ainda, a ideia de Jaeger em sua Paidéia, de que a melhor maneira de perscrutar a História social e econômica de um povo é fazendo-o pela Literatura do mesmo povo, em especial, pelos Poetas.

<sup>45</sup> PLAGIUM é o crime pelo qual se reduz um homem livre à condição análoga de escravo

Disse acima, a partir de uma palestra da qual participei<sup>46</sup>, que São Paulo marcou-se, em termos de escravidão, como sendo o último Estado a libertar o último escravo.

Por São Paulo, e com o projeto paulista, os imigrantes foram levados para as fazendas de café e, por último, com a instalação da indústria automobilística no ABC Paulista, milhares de nordestinos foram levados para aquela região, dando início, no começo dos anos 60, ao processo de favelização, conforme disse acima.

Ao lado do processo de favelização, as famílias foram morando em habitações periféricas (periferização) de todas as regiões paulistas. Em especial, no que concerne à Cidade de São Paulo, todas as zonas regionais: Sul, Leste, Oeste e Norte, foram ocupadas por famílias e trabalhadores da área Central.

Houve, de modo assimétrico, uma ocupação não desenvolvida nas Zonas periféricas, posto que em tais regiões não há condições mínimas (e públicas) para o desenvolvimento social, político e econômico.

Poderia citar a precária prestação de serviço médico-hospitalar, segurança pública, infraestrutura, escolar, saneamento, assistência social, etc, mas, ficarei, por agora, apenas com o fornecimento de água, digo, água potável.<sup>47</sup>

E por que a água? Porque o “tema”, já previsto décadas anteriores, volta à baila no momento em que há um esgotamento das reservas. Esgotamento pelo encontro de dois elementos que se completam: gestão e estiagem.

A estiagem, como fenômeno natural, faz-se sentir por toda a região Sudeste, bem como em alguns pontos do Nordeste. A gestão nasce de outro aspecto: o racismo e a exclusão.

Poderíamos dizer que a falta de gestão no que respeita à água é um típico “*ato falho*” do longo governo paulista (sempre, em toda a História, governo da pequena classe dominante, desde os barões do café aos industriais).

Ato falho, pois, assim, revela que nunca houve pré-ocupação com as áreas periféricas, mas, apenas ocupação com as áreas “nobres” e centrais.

---

<sup>46</sup> Proferida pelo Dr José Henrique Torres, Juiz e, então, Presidente da AJD – Associação Juizes para Democracia;

<sup>47</sup> O filme de Gianfrancesco Guarnieri, *Eles Não Usam Black Tie* é bem esclarecedor neste sentido. *O Homem que virou Suco*, também.

Na atual conjuntura outro aspecto, ainda mais terrível, que caracteriza a mentalidade de exclusão e, no mais das vezes, racismo,<sup>48</sup> é a forma como o Governo do Estado de São Paulo vem tratando a captação de água e sua distribuição.

Ocorre que todas as áreas “nobres” e centrais não sofreram nenhum tipo de “corte” no fornecimento de água nos últimos meses e, embora o governo paulista (estadual) negue haver um racionamento, o fato é que todas as áreas da periferia paulistana (Zonas Leste, Oeste, Norte e Sul), bem como municípios em contigüidade à Cidade de São Paulo, tais como os do ABC Paulista, Diadema, vivem há meses o racionamento e o corte indiscriminado. Vale dizer: é uma situação ainda pior que a do racionamento, pois no corte abrupto, sem aviso ou programação, as famílias são pegas de surpresa – sem nenhum respeito ou atenção governamental.

E, perguntamos: Por que não o racionamento, de caráter oficial, programático, sistemático? Resposta simples. Se houver o racionamento, então, oficial, o governo seria obrigado a submeter as áreas nobres e centrais ao mesmo tratamento.

Em outras palavras, o racionamento (oficial) seria imposto a todos. Para não alcançar a área nobre e central, faz-se o racionamento não oficial. É um flagrante de racismo e exclusão, bem como de desrespeito à população periférica e de cidades vizinhas.

Trata-se de um julgamento a partir da origem dos cidadãos que moram nas áreas menos favorecidas, claramente, julgamento racista, em função do qual alguns poucos são beneficiados e a grande maioria deixada (de forma desrespeitosa e segregacional) sem o recebimento dos muitos serviços, em especial, agora, a água potável.

Parte-se do pressuposto “racista” de que as populações periféricas, por uma questão de “origem”, podem viver sem o banho ou dar um jeito de outro modo, enquanto as populações das áreas nobres e centrais, não.

---

<sup>48</sup> Não vou conseguir agora aprofundar o termo “racismo”, mas o utilizo aqui, tanto pelo aspecto histórico (formação da periferia paulistana: indígena, africana, imigrante e nordestina) quanto pelas últimas manifestações paulistanas contra os nordestinos logo após o pleito do Segundo Turno das Eleições presidenciais. Em outras palavras, as populações de tais regiões sempre foram vistas com maus olhos pelos “tradicionais” paulistanos e, em toda a medida, com doses monstruosas de “racismo”.

Embora as reservas continuam baixíssimas, as áreas nobres e centrais ainda não foram afetadas ou submetidas ao corte do fornecimento, situação absolutamente oposta nas outras áreas periféricas.<sup>49</sup>

Finalmente, poderíamos dizer que o Governo do Estado de São Paulo, em flagrante “ato falho”, revela usar o critério do preconceito, racismo e exclusão e, assim, escolhe quem recebe (e quem não recebe), quem é atendido (e quem não é atendido) na distribuição da água. Em outras palavras, pelo critério racista com que a periferia é vista, o governo não estabelece o racionamento de água, pois considera que tais populações podem sofrer, naturalmente, a falta de água, enquanto continua a fornecer a água aos moradores das áreas nobres e centrais.

### **Conclusão**

Por um processo de formação exploradora e desrespeitosa quanto aos direitos da pessoa humana, o Estado de São Paulo, ao longo de sua História criou ambientes de segregação e racismo<sup>50</sup>: ali moram os índios; do outro lado, os italianos; mais distante, os negros e em qualquer parte distante, os nordestinos.

De um lado, a formação e, por outro, o caráter “econômico” paulista foram moldando o comportamento governamental. Álvares de Azevedo já o revela nos idos de 1800<sup>51</sup>, em suas Cartas, o caráter paulista e paulistano.

A reflexão a que me propus, embora sempre insuficiente, serve para apontar um aspecto do “modus vivendi” paulista e de seu governo, a começar com o período da colonização, passando pelo período da cafeicultura e industrialização após a II Guerra Mundial.

---

<sup>49</sup> Fiz uma pesquisa, orientando um Grupo de Pesquisa que coordeno: NUDAR – Núcleo Direito Achado na Rua, em várias regiões, tais como Zona Leste, Sul e Norte de São Paulo, bem como a alguns municípios, entre os quais, Diadema e São Bernardo do Campo, incluindo as áreas nobres a fim de concluir que realmente aquelas áreas da Periferia e Cidades do ABC sofrem um racionamento não oficial faz muitos meses, enquanto as áreas nobres em nada sentiram a “estiagem”

<sup>50</sup> Um exemplo racista é o Cemitério da Vila Formosa, Zona Leste, para onde são encaminhados todos os periféricos, diferente dos outros, como, por exemplo, o Cemitério da Consolação e o Cemitério do Araçá.

<sup>51</sup> Uma das formas de protestar, além de Cartas e Poemas, Álvares de Azevedo e outros Poetas e amigos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, era exatamente o “culto orgiástico” que consistia em atos sexuais com defuntos do Cemitério da Consolação.

A discriminação do governo, bem como seu procedimento de exclusão de determinadas populações dos serviços públicos, não ficaria tão evidente, embora reconhecida, não fosse a presente crise da água.

Na crise da água e no que parece falta de gestão da crise da água, encontram-se na verdade concepções racistas. Ou seja, não há exatamente uma falta de gestão, mas uma gestão direcionada a atender moradores de áreas nobres e centrais, bem como suspender, aleatoriamente, o fornecimento de água às populações periféricas.

Isso fica bem claro, quando consideramos que para se efetivar um racionamento, então, todos devem a ele se submeter, incluindo os moradores das áreas nobres. Se, ao contrário, não há racionamento “oficial” pode o governo, além de suspender o fornecimento de água de forma “discriminatória”, punir os periféricos, além de fazer contra eles terrorismo midiático. Por exemplo, em todas as reportagens acerca da água, os canais de Televisão ligados de alguma forma ao governo do Estado, mostram, sempre, o periférico gastando água ou, por via oblíqua, captando água da chuva ou não a gastando. Quero dizer, moralmente, atinge-se a pessoa da periferia atribuindo-lhe tanto a responsabilidade pelo uso quanto pelo gasto da água. Em nada se mencionam as pessoas das áreas nobres e central.

A atual crise e “gestão” “não gestão” da água no Estado de São Paulo revela o que é óbvio: racismo e exclusão do governo do Estado de São Paulo em relação a um grupo populacional e privilégio com outro.

### Referências <sup>52</sup>

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano: historia e instituciones*. Buenos Aires: Ástrea, 1997.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 2. Ed. São Paulo: Cia das Letras, 1994.

CHAGAS, Sílvio Donizete. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Ed Acadêmica, 1994.

---

<sup>52</sup> Nem todos os livros apontados aqui foram utilizados de forma direta no texto, mas, de alguma forma lhes devo atenção, pois, de leituras passadas foram dando um posicionamento e uma direção ao trabalho. Outros tantos poderiam ser citados e, oportunamente, após detalhada leitura, serão, sobretudo no que interessa à Tese de Doutorado.

---

COARACY, Vivaldo. *O Rio de Janeiro no século dezessete*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1965.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 7. ed.. Tradução portuguesa. II volumes. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1950.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 1998.

GRINBERG, keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Sahar, 2001.

GROSSELLI, Renzo M.. *Da schiavi bianchi a coloni: um progetto per le fazendas*. Trento: EFFE, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque et alli. *A época colonial*. Tomo I, volumes I e II. SP: Difusão Européia do Livro, 1960.

IANNI, Constantino. *Homens sem paz: os conflitos e os bastidores da emigração italiana*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963.

JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

MARTINS, José de Souza. *Introdução crítica à sociologia rural*. São Paulo: Editora Hucitec, 1981.

MELO FRANCO, Afonso Arinos, QUADROS, Jânio e BARBOSA, Francisco. *História do Povo Brasileiro*. (em 6 volumes). Vol IV. 1ª edição. São Paulo: Janio Quadros Editores Culturais, 1967.

NERY, Adalgisa. *Retrato sem retoque*. Rio de Janeiro: Civilização, 1963.

PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RAINERO, Romain. *Storia dell'africa dall'epoca coloniale ad oggi*. Torino: ERI, 1966.

RAMOS, Arias. *Derecho Romano: Apuntes Didactos para un Curso*. Vol I-III. 4ª Edición. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado [s/d].

SALVADOR, Frei Vicente do. *História do Brasil: 1550 – 1627*. São Paulo: Melhoramentos, 1965.

SPINDEL, Cheywa R. *Homens e máquinas na transição de uma economia cafeeira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

---

TUFANO, Douglas. *Comentários à carta de pero vaz de caminha*. São Paulo: Moderna, 1999.

---

## POSSIBILIDADES DE APROXIMAÇÃO ENTRE MARX E SCHMITT: NOTAS PARA UMA CRÍTICA DO LIBERALISMO NACIONAL

*Wanderley Todai Jr.<sup>1</sup>*

### **Resumo**

O presente estudo tem o objetivo de indicar ao público os elementos fundamentais para o desenvolvimento duma tese que relacione a composição básica do conflito de classes no Brasil, no período que vai de 1950 a 1964, com a categoria da teologia política. Analisa a sociedade brasileira baseada na democracia formal e que, ao mesmo tempo, funda-se na possibilidade constante de sua suspensão na forma do Estado de Exceção. Ao mesmo tempo traçar uma aproximação entre a economia política de Marx e a teoria da Soberania estudada por Schmitt. De modo a tornar possível a tarefa complexa, a pesquisa tem por foco de análise a ideologia e a prática política da vertente liberal especificamente brasileira, a chamada UDN.

### **Abstract**

This study aims to indicate to the public the key elements for the development of a theory which relates the basic composition of class conflict in Brazil, in the period 1950-1964, with the category of political theology. Analyzes brazilian society based on democracy formal, that the same time, is based on the constant possibility of democratic suspension in the Exception State form. At the same time, study a connection between Marx's political economy and the theory of sovereignty, studied of Schmitt. The research is focused in analysis on ideology and political practice of the specifically Brazilian liberal strand, called the UDN.

### **Introdução**

---

<sup>1</sup> Especialista e Mestre em Teoria Sociológica pela PUC-SP, professor do Curso de direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), pesquisador e professor de História do Direito, Sociologia Jurídica e Teoria do Estado. Atualmente, conduz pesquisa de Doutorado sobre relações entre Capitalismo e Democracia no Brasil, de 1960 a 1964.

O artigo procura levantar elementos que demonstrem a vinculação social, política e teórica existente entre o pensamento liberal brasileiro e a possibilidade de suspensão dos mecanismos institucionais da democracia formal, o que se chama de Estado de Exceção. Trata-se da prevalência duma “ambiguidade” da teoria e prática liberal, no sentido de se utilizar do mecanismo democrático formal para dar veiculação a dinâmica política do mercado capitalista e, neste sentido, apresentar-se como legítimo garantidor da democracia formal, enquanto, por outro lado, não pode suportar que os mecanismos desta democracia ultrapassem os pressupostos liberais, relativos a “liberdade dos investidores”, o “Estado Mínimo” ou a “liberdade de propriedade”. No momento em que estes pressupostos são atingidos pelo avanço de movimentos antiliberais, populares e trabalhistas, por meio do funcionamento da própria democracia formal, a tese liberal passa a questionar a validade da decisão geral feita por meio daquele mecanismo e a propor a sua suspensão pelos dispositivos disponíveis, como se vê atualmente no cenário nacional.

A argumentação liberal passa a girar em torno de termos como “República”, “Nação”, “liberdade”, “corrupção”, entre outros, construindo um discurso que busca legitimar a suspensão da democracia formal e o restabelecimento das formas políticas consideradas “adequadas” por seus pressupostos. Exigências de aplicação de mecanismos como “impeachment”, pressões pela “renúncia” do governante eleito, desestabilização política e especulação econômica são plenamente compatíveis, nesta ótica, com a utilização do mecanismo constitucional da “intervenção militar”. Esta relação entre argumentação republicana e a suspensão da validade do processo democrático formal, seja por qualquer mecanismo possível, constitui uma prática do liberalismo nacional, cujo ápice é constituído pela derrubada política do governante eleito ou pelo estabelecimento mesmo da Ditadura.

## **1. Lutas de Classes e Soberania no Brasil.**

Assim como o liberalismo discute e transige sobre qualquer bagatela política, quisera também dissolver a verdade metafísica numa discussão. Sua essência consiste em negociar, as meias tintas, com a

esperança de que o encontro definitivo, a cruel e decisiva batalha possa se transformar num debate parlamentar e suspender-se eternamente, graças a uma discussão eterna. (Schmitt, 2009, p.58)

Quando em 1946, o ex-deputado Otávio Mangabeira, da UDN, recebeu o famigerado general Eisenhower beijando-lhe a mão as vistas públicas, ato simbólico do que seria o colossal esforço que se desenrolaria por parte do liberalismo nacional em submeter a sociedade brasileira aos pressupostos da “inviolabilidade da propriedade”, do “livre mercado” mundial e do “não intervencionismo estatal”, disposição de caráter explicitamente servil que se coadunava no cenário nacional tanto com uma certa simpatia pelo militarismo quanto com uma admiração que beirava os limites da bajulação acrítica acerca do Departamento de Estado norte americano. (BANDEIRA, 2007, p.431) O gesto que poderia soar como mera ação de boas-vindas, uma simpatia caracteristicamente regional, carregava significativamente o norte para onde se dirigiam os conflitos nacionais no pós-guerra e indicava um tipo de relação de poder de exceção que, coincidentemente terminaria com o golpe civil-militar de 1964.

Durante o governo Dutra, as diretrizes que orientavam os liberais e a UDN ficaram mais explícitas, no caso da admiração pelo depto de Estado Norte Americano, com a concessão da comenda da Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul a Paul Howard, assim como, no cenário do liberalismo econômico, a vitória da Standard Oil com a aprovação do artigo 153 que favorecia a exploração do petróleo por empresas estrangeiras e diminuía a possibilidade de controle do petróleo por parte do Estado Nacional. Estas políticas de atendimento ao capital internacional e de caráter não-interventor mobilizou setores das classes trabalhadoras e parte das classes médias, contra o que se chamava de “documento da traição nacional”, acerca do Estatuto do Petróleo. Paralelamente, no sentido contrário as teses liberais não intervencionistas, o governo Dutra, com a simpatia dos liberais e da UDN, interveio em dezenas de sindicatos e fechou a Confederação dos trabalhadores do Brasil. (BANDEIRA, 2007, p.432)

Esta tríade política liberal, representada pelo modelo de governança do general Dutra, da política internacional “aberta”, liberação do mercado interno e

repressão de organizações sociais e populares em nada é estranha aos princípios do liberalismo, mas, como procuramos sustentar em nossa hipótese geral, estrutura objetivamente suas teses e práticas. Não é a toa que é justamente esta relação entre exigências de liberdade completa da propriedade privada, assim como a não intervenção do governo – no sentido de propor reformas estruturais, como a agrária e a tributária ou os amplos reajustes salariais – vai, no sentido desta “tríade” liberal, estruturar a derrubada da democracia formal e a sua substituição pelo “Estado de Exceção”. Em 1952 os liberais e a UDN pressionavam o governo para que submetesse a oferta de exportação de materiais para energia atômica as necessidades dos EUA. Conforme o acordo disposto na Lei de Defesa e assistência mútua o Brasil deveria disponibilizar monazita, urânio, manganês e outros materiais estratégicos a preço real e fechar o mercado aos capitais que pudessem prejudicar as empresas americanas.

No mesmo período avançava a corrida pelo controle do petróleo nacional, a imprensa do Rio, assim com noutras capitais, promoveu o discurso liberal de “liberdade de comercialização” do capital estrangeiro, assim como passou a ativar o temor comunista na opinião pública. A queda do general Newton Leal, do Ministério da Guerra, abriu a repressão dentro das forças armadas que, sob orientação direta dos militares americanos, promovia as correntes liberais contra as correntes nacionalistas favoráveis ao monopólio nacional do petróleo. Os liberais e a UDN, chamados de entreguistas, junto com os militares que promoviam a “Cruzada Democrática”, preparavam os alicerces políticos para a construção dum “mercado livre” do petróleo nacional, tanto para comercialização como para produção. (SODRÉ, 2010)

Quando em 1953 Vargas nomeou Goulart para o Ministério do Trabalho, ele procurava alternativas ao novo governo republicano que se instalava com Eisenhower, nos EUA, adepto mais radical da chamada “iniciativa privada”. O problema do desenvolvimento deveria ser tomado nas mãos dos próprios brasileiros, carentes, no entanto, de capital nacional disponível para investimentos da envergadura necessária ao processo de autonomia industrial. A reforma cambial da época visou encarecer os produtos importados com a finalidade de promover a produção nacional, e o monopólio nacional do petróleo passava a se desenhar com mais força. O Departamento de Estado norte americano, contrário à política de barreiras alfandegárias e fiscal, por

intermédio de Foster Dulles, informou que a liberação do empréstimo previstos de duzentos milhões de dólares ao Brasil seria feito apenas parcialmente, em torno de cem mil, e apenas para pagamentos de atrasos comerciais. A pressão do capital internacional sobre o governo apoiada pela UDN e os liberais se fez na tentativa de restringir o processo de industrialização nacional forçada, assim como impedir o desfecho do controle do petróleo pelo Estado. (FERNANDES, 1973)

A dificuldade em estabelecer regras de controle sobre o capital internacional, principalmente sobre remessa de lucros e fraudes fiscais, representava as vacilações da própria burguesia brasileira amarrada entre a necessidade de manter o capital nacional produzido pelos estrangeiros com a infraestrutura interna e a dependência da manutenção de boas relações com o mercado internacional e os países centrais. A posição da UDN e dos liberais em geral acompanhava o mesmo dilema e a UDN adotou o discurso nacionalista do petróleo quando a opinião pública assim o exigiu. Entretanto, no limite das circunstâncias, quando os negócios americanos eram prejudicados pela política interna industrial e as empresas estrangeiras ameaçadas de nacionalização, assim como tencionavam as discussões sobre o aumento do salário mínimo, a UDN e Carlos Lacerda se encarregavam de atacar as defesas do governo brasileiro com especulações economicistas e denúncias de fraudes e corrupção. (BANDEIRA, 2007, p.476)

O avanço das políticas antiliberais pelo mecanismo da democracia formal não apenas gerava desconfiança nos adeptos do liberalismo nacional quanto levava a um clima de incerteza e medo em face dos interesses que as massas populares podiam promover pelo voto. As classes empresariais tentaram e conseguiram a todo custo boicotar o aumento que Vargas dera ao salário mínimo em cem por cento, enquanto os liberais, a UDN e Lacerda se ocupavam em estruturar e promover a tese do impeachment de modo que ela pudesse ser utilizada para a deposição dum governo que, levado a efeito pelo voto, também acabou por levar as contradições sociais brasileiras a níveis que o capitalismo nacional não se dispunha mais a suportar. Lacerda e a UDN foram acompanhados por militares contrários a Vargas e que enxergavam no reformismo social antiliberal um tipo de república soviética, e a conspiração entre liberais e militares ganhou as ruas quando o assassinato do Major Rubens Florentino

forneceu a oposição liberal a justificativa que tanto esperava. (BANDEIRA, 2007, p.423)

Tanto a “União Democrática Nacional”, a UDN, quanto os militares da “Cruzada Democrática”, assim como os liberais em geral articularam abertamente a derrubada do governo, eleito pelo voto, por meio da tese do impeachment ou mesmo da derrubada militar direta, sempre o fazendo sob o discurso do “restabelecimento da democracia”. Aplicando-se os mecanismos da tese de Schmitt sobre a “Soberania”, o quadro se desenha perfeitamente em relação ao estabelecimento do Estado de Exceção. O soberano, no entender de Schmitt não é aquele que ocupa o cargo político, mas é aquele que decide sobre um fato e tem o poder para estabelecer o Estado de Exceção. (SCHMITT, 2009) A dinâmica dos conflitos sociais e da soberania nacional se desenvolverá neste sentido até 1964.

## **2. Possibilidades de aproximação entre Marx e Schmitt**

É polêmica a intervenção dum autor como Schmitt no cenário intelectual marcado pela teoria que foi herdada de Marx. A resistência provém das suas vinculações políticas conservadoras e, particularmente, com o nacional socialismo da década de 1930, mas também da afirmação de que existe uma teoria do Estado em Marx que negaria a necessidade da assimilação de Schmitt, como Polantzas, Althusser ou Gramsci. A verdade é que Marx não deixou uma obra acabada sobre o Estado ou o Direito e que este esforço tem sido feito pelos seus herdeiros, desde Lênin, Trotsky, Rosa, Pachukanis ou autores menos revolucionários como os partidários da social democracia alemã. O que podemos atribuir a Marx no estágio em questão é que existe em sua obra uma grande teoria do Estado de Exceção, que obviamente não é tratada com esta definição ou como categoria que se expresse desta forma. Mas que a crítica da economia política de Marx pode ser compreendida como um grande sistema do funcionamento da economia burguesa capitalista e de como as funcionalidades sociais mais diversas, no caso o Estado e o Direito, devem se adequar a esta reprodução. Isso significa que o viés interpretativo do Direito e do Estado passa pela composição de classes da sociedade burguesa, no caso a brasileira e o liberalismo nacional, e que se

submetem necessariamente aqueles pressupostos de reprodução econômica. O que torna possível compreender a funcionalidade político-econômica do Direito e do Estado, não apenas em sua ação liberal, mas, inclusive, os parâmetros reformistas e social democratas, que se explicam pelo conjunto de lutas de classe que se estabelecem no aparato da máquina do Estado e que transitam por ela com a finalidade de estabelecer interesses de classe. No entanto, devem, estes interesses e reformas possíveis encontrar limites na reprodução fundamental do sistema capitalista de propriedade privada e subdesenvolvido, como é o caso em análise.

Ora, isso significa que as lutas de classes promovem as diversificações nos modelos sociais e políticos do país, inclusive econômicos, mas que a Decisão determinante é dada necessariamente pelo poder burguês em função da economia política nacional e da reprodução das relações de classe no Brasil. Esse aspecto de decisão do poder político de classe aparece em Schmitt na sua teoria da Soberania, que determina que o poder soberano decide num determinado momento a validade de todos os conflitos que possam estar sendo travados. Isso significa em Schmitt que não se trata de controlar todas as decisões, mas de controlar a decisão fundamental, definitiva, que estabelece os rumos do funcionamento das relações de poder. A Decisão trata do momento em que o Soberano aparece, na forma de relações de poder que efetivamente detém as rédeas sobre os rumos das relações de produção e de classe.

Essa inclusive é a crítica que Schmitt faz ao liberalismo e sua relação com a democracia, afirmando a falácia da relação “inerente” entre tais filosofias políticas. Afinal, se a democracia exerce um papel determinante na lógica capitalista é a de organizar relações de classe e propriedade numa sociedade que não poderia organizar a produção de outra forma, senão temporariamente. Quero dizer que o modelo liberal lockiano de democracia parlamentar agrega os despossuídos da propriedade e os possuidores inferiorizados nesta relação junto a burguesia capitalista numa “democracia” parlamentar que realize um tipo de “coesão” que não poderia ser feita de outra maneira, como nos modelos de dominação anteriores ao capitalista. Assim se oferece a “sociedade civil” uma integração política que permita a reprodução estável da propriedade privada, manipulada de modo ampliado e descentralizado nas diversas

instâncias que vão do núcleo do capital, a grande propriedade privada, as pequenas empresas de classe média, até à força do trabalho.

Ora, a falácia que Schmitt denuncia se trata do liberalismo apresentar esta relação como intrínseca a sua reprodução, e como elemento de liberdade substantiva, quando na verdade Schmitt sabe, apesar de não dizer claramente, que a Soberania pertence às classes burguesas dominantes e a seus mandatários e que os limites de reprodução desta relação são dados pelas decisões cotidianas e principalmente pelo momento da Decisão que é resguardado para esta burguesia liberal, como no caso brasileiro em análise. Neste sentido a democracia que é formal, não por mera impossibilidade, mas por determinação do capital, pauta-se num amplo campo de exceções que são dadas no cotidiano das relações de classe, mas que se aglutinam nos momentos determinantes da Decisão que não apenas estabelecem os rumos cotidianos do poder, mas que muito constantemente, inclusive, anulam as regras estabelecidas em vigor ou as possibilidades e direitos arrancadas pelos conflitos de classe, ou estabelecem a plena vigência da Exceção, tendo, por um ou outro, sempre a finalidade de reestruturar o pleno funcionamento das relações de classe burguesas “originais”. No caso do Estado de Exceção Brasileiro de 1963, estruturou-se o modelo dependente exportador baseado na dependência financeira externa e na exportação agrícola, inviabilizando qualquer reforma que pudesse reestabelecer os rumos da distribuição da renda, seja pela reforma tributária ou agrária, tudo isto em plena conformidade com os parâmetros liberais ortodoxos e os especificamente brasileiros. O que implica uma visão problemática dos processos de “reformas” sociais ou democráticas e seus pretendidos emancipatórios.

Estes problemas nos parecem ser plenamente compatíveis com a análise diversa que Marx faz acerca da reprodução do Estado Burguês e da sua democracia. Em princípio porque Marx já de partida – apesar da sequência histórica não ser precisamente esta – supõe a determinação da economia política como presente no O Capital, como direcionada pela expansão da produção e da taxa de lucro com base na expansão do assalariamento e de sua substituição por maquinário, o que instaura a contradição fundamental no processo de produção capitalista, regra da qual não se pode fugir a menos por mágica ou algum tipo superior de milagre. Se é assim, para Marx, a reprodução do capital e do Estado e do Direito tem essa determinação como ponto

inultrapassável e pressuposto de toda atividade. A forma básica da reprodução social econômica está presa numa instância cujo estado comum da vida cotidiana da produção e da renda vigora na base de uma regra de exceção normativa, ou de outro modo, faça-se o que fizer e eleja-se o que se puder, a regra fundamental é a da reprodução da taxa de lucro na base da expansão do desemprego, é a reprodução da renda em larga escala na base da supressão da renda, é a vigência plena duma situação de exceção que vigora determinante e independente das demais regras, dos princípios quaisquer ou da filantropia mais pedante.

Quando Marx se debruça para estudar o estabelecimento do governo burguês na França em 1848 ele chega a essa conclusão: o Estado burguês se trata duma máquina administrativa aglutinadora do poder burguês que ao mesmo tempo elenca um conjunto amplo de atividades sociais e de coesão que estruturam uma relação de classe complexa, onde a produção depende de proprietários diversos e nem sempre em entendimento comum, e incorpora também os proprietários anões e os não proprietários – trabalhadores e lupem. O governo de Luís Napoleão é a plena narrativa da democracia parlamentar burguesa estabelecida, incluindo um ministério do trabalho encabeçado por Lassale que trazia os trabalhadores às possibilidades de participação popular democrática no governo de matriz burguesa e particularmente liberal. A conclusão de Marx não é outra senão a de que aquela vigência não poderia passar de uma forma necessária e encenada, ainda que complexa e necessária encenação, com participação ativa da plateia em diversos atos daquela tragédia sádica ensaiada pela burguesia liberal do século XIX. No momento seguinte a democracia liberal burguesa na França é substituída por um golpe de Estado que reúne as decisões tomadas até então na Decisão, soberana, que reorganiza a produção e a política burguesa pelo modelo ortodoxo liberal, reestabelece os lugares de poder, anula as decisões diversas tomadas pelo “público” e apresenta a realidade da soberania, o Soberano burguês, aquele que decide a Exceção, na forma de uma “ditadura delegado”, como trata Schmitt.

Em Marx vigoraria então uma tese sobre o Estado de Exceção que atravessa sua obra, estruturando inclusive o problema da Ditadura do proletariado, fazendo-o com base no modo de produção capitalista e nas revoluções de 1848. A tese de Marx de que o Estado capitalista burguês constitui uma ditadura de classe com particularidades que

lhes são peculiares coloca em relevo o problema do Estado de Exceção no pensamento marxiano. Assim como em Schmitt, o liberalismo incorpora a forma democrática política na medida em que este integra da melhor maneira a forma da dominação burguesa. Claro que em Schmitt há uma certa prevalência de uma concepção de poder que não chega a ser definida concretamente, e a concepção de Teologia Política é carregada de um alto nível de abstração, o que, no entanto, parece mais se relacionar com o problema de Marx acerca da Ideologia, posto em 1847, do que uma contradição inerente entre os dois autores.

O que Schmitt fornece é a possibilidade de se partir destas abstrações do poder e realizar estudos concretos sobre as particularidades concretas da Teologia Política, algo que também é compatível com a narrativa do método em Marx. Entretanto, a concepção de um Soberano capaz de decidir sobre a Exceção atravessa a ideia de democracia de Marx e Schmitt, assim como a forma do próprio Estado para eles está imbuída disto. Acontece que em Marx ela está melhor particularizada do que em Schmitt e permite uma melhor avaliação do processo de reprodução capitalista, inclusive sobre as relações de poder adstritas ao liberalismo nacional, como é o caso presente. De certa forma, e com fins diferentes, os dois autores supõem a possibilidade da Ditadura como elemento emancipatório, na medida em que o próprio Estado Burguês é um tipo de ditadura a ser combatida e substituída por meio de um mecanismo político de Exceção. Ou seja, a possibilidade de substituição dos parâmetros sociais e autocráticos burgueses passa necessariamente por uma revolução que se imponha como ditadura que desmonte suas instituições, abrindo forma de uma nova sociabilidade – cujos fins os dois divergiam fundamentalmente.

Também em Marx, o problema da funcionalidade social exercida pelo Direito toma um corpo mais sólido a partir da análise da economia política, o que Schmitt parece saber, mas não pode assumir como centro de suas análises por questões de coerência ideológica e a economia política é jogada para segundo plano, apesar de a saber importante. O Direito em Schmitt se estrutura mais como uma derivação do poder político, pela velha noção do “ius”, do que como uma estruturação jurídica da economia política, sendo que a primeira parte da noção de direito de Schmitt é compatível com o pensamento de Marx. Mas Marx vai além e percebe que a reprodução das forças

produtivas burguesas, que são o alfa e o ômega de seu poder, assume um papel central para explicar as relações jurídicas e o Direito. Numa sociedade de trocadores de coisas – inclusive sociedade excepcional, única, onde todas as normatizações podem ser reduzidas a forma da propriedade privada para a troca mercantil – também a forma jurídica deve se prestar a esta finalidade central. (KASHIURA JR, 2008) Como em Schmitt a forma mercantil e a propriedade privada ficam reduzidas a segundo plano, ele não discute o fato de o Direito burguês não ser composto duma pretensa essência jurídica que atravessa a história humana, mas se constitui numa especificidade jurídica que organiza a concepção de “ius” no sentido da reprodução do capitalismo e das lutas de classes que se estruturam por dentro dele. Essa proposição afasta os autores quanto ao núcleo econômico da forma jurídica, mas os integra na discussão do Direito como um núcleo essencialmente político.

Em Marx, a forma jurídica é uma forma única e específica que deve servir ao funcionamento social da produção mercantil, organizando relações entre coisas mercantis, mas mediadas necessariamente por pessoas. Por isso a reprodução desigual da propriedade privada é organizada por uma reprodução desigual da forma jurídica, do Direito. Quando os juristas socialistas reclamavam por um tratamento igualitário do Direito sobre as classes em luta, Marx afirmava com ironia que um “Direito Socialista” deveria ser desigual e não igualitário, e que isto só poderia acontecer como por um milagre que criasse uma realidade fantástica, como a ressuscitação dum morto. A desigualdade do Direito é inerente a desigualdade da propriedade privada, e esta realidade “ontológica” é maior do que a possibilidade legislativa defesa pelos normativistas, se por acaso estivessem eles interessados na desigualdade das normas, quanto menos na desigualdade da propriedade. Ao mesmo tempo, passa ao largo de Schmitt o problema da igualdade jurídica, que para ele seria um tipo de formalização jurídico-política específica do parlamentarismo liberal e que, novamente, joga o sujeito de direito nas entranhas obscuras dum espírito jurídico abstrato. Em Marx, numa sociedade onde a subjetividade humana é mediada pela necessidade da troca mercantil a qualquer custo e em todas as coisas, o indivíduo precisa ser sujeito de direito, capaz de realizar esta imperiosa necessidade capitalista de se trocar todas as coisas e para isto ele deve ser tratado como juridicamente igual e, concomitantemente, livre.

O Direito então se organiza como parte instrumental do mercado capitalista e da propriedade privada, garantindo sua realização, aquém do que os juristas socialistas queiram propor em termos normativos, por milagres ou por minimalismos, sustentando os mecanismos de exploração e as contradições básicas do capitalismo, assim como as lutas de classe que estruturam estas relações. Por isso, me é estranho supor que o jurista soviético Pachukanis, de obra inacabada, pudesse, durante a década de vinte e trinta, tratar o Direito como mecanismo circulacionista, ignorando o seu papel burguês na reprodução das lutas de classes, como é acusado volta e meia. O teórico que estruturou a forma jurídica do Sujeito de Direito na obra de Marx, a este ver, teria de estar supondo o processo de lutas de classes que se organizavam por trás do sujeito de direito, livre e igual. Neste sentido, parece-me não haver grande divergência sobre o que poderia pensar Schmitt, que sobrepõe a organização de poder as relações de ordem jurídica.

Apesar de Schmitt ignorar que o fundamento do sujeito de Direito seja a forma mercantil, ele sabe que o problema da soberania não se encontra na forma “sujeito de direito”, mas num conteúdo externo que o fundamenta. Novamente o tema da Soberania e da Decisão é novamente desenvolvido aqui e faz parâmetro com o pensamento de Marx. Se os fundamentos são diferentes num ou noutro, o problema da decisão fundamental que estabelece o soberano atravessa a análise do Direito e seus sujeitos. Pressupondo o processo da economia política é possível retirar de Schmitt questões significativas que procuram explicar a relação entre sujeito de direito e Decisão e que, neste sentido, estaria mais bem determinadas nele, inclusive para pensar o próprio processo revolucionário emancipatório, do que em Marx, que por diversos motivos se exime da discussão.

Esta determinante, que está em Marx, não apresenta uma solidificação na teoria marxista, no geral. O problema da Decisão ou assume um fator mágico explicado pela “ditadura burguesa” ou é apresentado como uma narrativa sociológica que ignora o fator “Decisão”. Schmitt apresenta uma narrativa que favorece o método marxiano ao trabalhar com o pressuposto de que existem grupos e classes que não são especificamente burguesas ou capitalistas e que se interpõem como seus agentes. O modelo de “*Ditadura delegada*” é específico desta situação, e aplicável ao problema presente das “lutas de classe no Brasil entre 1945 e 1965” e a especificidade do

“liberalismo nacional e sua relação com o Estado de Exceção”, estudados aqui. Isso explica de modo significativo a relação entre o pensamento e a prática do liberalismo no Brasil, expressa particularmente pela UDN, e sua relação “indireta” com os golpistas militares. Ainda que por princípio os liberais não se interessassem pelos militares como modelo de governo, a sua soberania se estabelece na base de uma ditadura delegada que aparece como resultado de um golpe militar. Daí a facilidade dos liberais se esquivarem da acusação de que haviam quebrado com a ordem democrática, tão retoricamente defesa por eles.

### **3. Problemas para uma estruturação da crítica do liberalismo nacional**

A relação entre liberalismo e democracia constituiu um tema carregado de polêmicas e controvérsias derivadas dos mais diversos lugares na teoria social. No caso das experiências liberais e democráticas desenvolvidas no cenário dos países subdesenvolvidos e marginais dentro do processo da divisão do trabalho internacional, como o Brasil, existem especificidades e complexidades que dificultam o processo de entendimento destas relações de poder. Podemos pensar no papel da burguesia nacional no processo de desenvolvimento, a partir dos fins do século XIX, numa economia nacional amarrada ao latifúndio, do modelo de exportação com baixo nível de valor agregado e, diretamente, estruturado num modelo de economia dependente de importação de tecnologia e bens de consumo industrializados, por exemplo; podemos, também, pensar no estabelecimento numa forma de Estado Republicano, durante o mesmo período, que esteve desde a sua fundação amarrado umbilicalmente a este modelo de economia de latifúndio – ausente de valores políticos liberais clássicos – e em relação direta com os interesses do capitalismo internacional e do departamento de Estado dos EUA; por fim, ainda, pode-se pensar na relação direta existente entre este modelo de República nacional latifundiária, estruturada sobre os alicerces citados e sobre mecanismos ideológicos como “pátria” ou “nação”, e o papel político representado pelo Exército nacional na implementação, proteção e conservação desta forma particular de República “neocolonial”, na qual Schmitt identificaria prontamente o modelo da Teologia política.

Esta tríade de fundação do Estado Nacional brasileiro constitui a relação básica entre forma econômica e forma política com os quais tem de se relacionar,

necessariamente, o liberalismo e a UDN. O problema do qual se deve partir, então, coloca-se no seguinte sentido: como a tese e a prática liberal penetram na sociedade brasileira num cenário marcadamente antiliberal e semicolonial e como ela é obrigada a se adequar a estas formas da economia e da república nacional? Entendemos que a vinculação necessária do liberalismo nacional com o formato da propriedade latifundiária e industrial e o papel que representam no capitalismo mundial tornam possível a compreensão desta moldura institucional. A hipótese primeira indica que o liberalismo nacional e a UDN interpretam o capitalismo brasileiro exportador como se este fosse mais um “concorrente” entre outros buscando vantagens privadas no cenário do “mercado livre internacional”. Neste sentido, pode-se fazer a seguinte pergunta: como a UDN, durante o período de 1950 a 1960, relaciona-se com a grande propriedade latifundiária e com o modelo de exportação de baixo valor agregado, assim como com o modelo industrial nacional, amarrado aos pressupostos econômicos anteriores? No mesmo sentido e período, também, deve-se perguntar como a UDN se relaciona com o mecanismo financeiro e monetário que serve de sustentação daquela base marcadamente exportadora e desindustrializada? A resposta a estas perguntas deve fornecer as relações de classe que estruturam a tese e a prática liberal acerca da economia brasileira.

Se a análise validar a hipótese acerca das relações do liberalismo nacional e a UDN com a propriedade latifundiária do modelo de exportação desindustrializado, aplicando princípios liberais gerais ao modelo de economia nacional específico, a pesquisa deve analisar a seguinte pergunta: como o liberalismo da UDN e sua postura social marcadamente neocolonial avançam com seus pressupostos gerais para os mecanismos do Estado Nacional, remetendo os pressupostos de um “Estado liberal” a uma forma política agudamente vinculada ao modelo latifundiário de exportação? A hipótese que sustenta esta questão é a de que a interpretação liberal da UDN acerca do papel do Estado adequa o modelo clássico de Estado Liberal ao modelo de sociedade agroexportadora desindustrializada, fazendo do Estado uma espécie de demiurgo da propriedade privada, cuja função restringe-se a proteção sem ressalvas desta propriedade, no caso, latifundiária exportadora.

No mesmo sentido, o papel da forma política estatal deve garantir a estabilização monetária pela contenção de custos públicos, políticas de câmbio livre, liberação

alfandegária, superávit comercial e fiscal, ausência de interferências sobre a propriedade da terra, industrial e sobre os próprios lucros. Estes pressupostos clássicos aplicados a realidade brasileira vão se chocar diretamente com as políticas antiliberais nacionalistas desenvolvidas depois da década de quarenta, mas que chegam com maior força no período de 1950. Trata-se de perguntar então, como os liberais, e a UDN em particular, relacionam-se com as políticas de Estado antiliberais desenvolvidas entre a década de 1950 e 1960, particularmente com o processo de industrialização nacional conduzido por empresas estatais e controle de remessas de lucros de empresas estrangeiras?

Na medida em que a pesquisa tiver levantado a relação estrutural, os chamados mecanismos de “composição de classe”, existente entre a especificidade da economia e do Estado brasileiro com as teses e práticas do liberalismo nacional, o terceiro momento procura estudar a hipótese de que o liberalismo nacional e a UDN mantêm uma posição clássica liberal acerca da democracia, como um mecanismo formal que submete o poder central do Estado ao jogo legislativo dum parlamento necessariamente liberal. Neste sentido, deve-se perguntar: como os liberais, e a UDN, em particular, aplicam suas teses sobre “Liberdade de Propriedade” e “Estado Nacional” em face do avanço dos conflitos de classes no Brasil, entre 1960 e 1964, num contexto em que estes conflitos, inclusive, utilizaram-se dos mecanismos da própria democracia formal para levar até o governo um conjunto de exigências por reformas estruturais de caráter antiliberal?

Esta pergunta se relaciona com outra que fornece as bases teóricas para a análise destas posições liberais em face da democracia formal, no período proposto: como as teses expostas por Carl Schmitt sobre a relação entre “liberalismo e democracia” e sobre “Soberania” podem auxiliar na compreensão da relação entre o liberalismo nacional e o golpe civil-militar, em 1964, que estabeleceu o “Estado de Exceção” no Brasil? No mesmo sentido, deve-se perguntar: quais as relações entre o liberalismo nacional e a UDN e grupos de militares simpáticos as teses liberais, marcadamente neocoloniais, liberais nacionalistas, anti-reformistas e antipopulares que estivessem dispostos a levar a tese da “Soberania” de Schmitt às últimas consequências, ou seja, ao “Estado de Exceção”?

---

**Referências:**

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Cartéis e Monopólio*. Zahar, Rio de Janeiro, 1976.

\_\_\_\_\_. *O Governo João Goulart*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. *Presença dos EUA no Brasil*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Social e o Estado Total*. Tese Livre Docência, FDUSP, 2003.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1973.

\_\_\_\_\_. *Capitalismo Dependente*. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1975.

KASHIURA JR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica*. Dissertação, FDUSP, 2008.

LENIN, V. I. *O Estado e a Revolução*. Expressão Popular, São Paulo, 2014.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou Revolução*. Expressão Popular, São Paulo, 2001.

MARX, Karl. *A Guerra Civil na França*. Boitempo, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. *Crítica do Programa de Gotha*. São Paulo. Alfa-Ômega, s/Data.

\_\_\_\_\_. *Ideologia Alemã*. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manifesto Comunista*. São Paulo. Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Capital, II, v1*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2008.

\_\_\_\_\_. *Troca, Igualdade e Liberdade*. Temas de ciências humanas 3. São Paulo, Livraria Editora Ciências Humanas, 1978b.

\_\_\_\_\_. *18 Brumário*. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 2002.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. São Paulo Estampa, 2005.

NAVES, Márcio Brilharinho. *Marxismo e Direito*. São Paulo. Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Questão do Direito em Marx*. Estampa. São Paulo, 2014.

SCHMITT, Carl. *La Ditadura*. Revista de Occidente, Madrid, 1968.

\_\_\_\_\_. *O Conceito do Político*. Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sobre o Parlamentarismo*. Tecnos, Madrid, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teologia Política*. Editorial Trota, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoría de La Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1996. SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. Expressão Popular, São Paulo, 2010.

## A INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O EQUILÍBRIO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*João Carlos José Martinelli*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

Por informação, segundo Altino Greco, deve-se entender: “O conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”<sup>2</sup>.

Esse direito de informação ou de ser informado, revela-se originariamente como um direito individual decorrente da liberdade de manifestação e expressão. No entanto, em razão da caracterização mais moderna dos meios de comunicação social ou de massas, ganha notórios aspectos coletivos.

Assim, na atualidade, “a liberdade de informação, em senso lato, compreende, tanto a aquisição como a comunicação de conhecimentos”<sup>3</sup>. Alcança, o que, na lição de Aluizio Ferreira, “é o direito de estar informado, independentemente do modo de obtenção da informação (direito à informação), bem assim o direito a ter e compartilhar a informação (direito à comunicação)”<sup>4</sup>.

#### 1.1. Extensão

---

<sup>1</sup> Advogado, jornalista profissional, escritor e professor universitário. Formou-se em Direito em 1977 pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC) na qual também cursou até o terceiro ano de Jornalismo e concluiu mestrado em Direito Processual Civil. É professor de Direito Empresarial na Faculdade de Direito do Centro Universitário Pe. Anchieta de Jundiá. Tem vários livros publicados e artigos em jornais de todo o país. Mantém uma coluna dominical no Jornal de Jundiá.

Artigo adaptado de “Direito à Informação” de João Carlos José Martinelli, publicado em “Direito, Legislação e Cidadania”, org. por Angélica Carlini; Luiz Renato Vedovato; Alínea Editora – 2010, com atualizações.

<sup>2</sup> GRECO. Albino. *La liberta di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974, p. 40 apud SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 218.

<sup>3</sup> DOTTI, René Ariel, *Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 157

<sup>4</sup> FERREIRA, Aluizio, *Direito à Informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p.168

Efetivamente vivemos na chamada “era da informação”, resultado direto da globalização e da instantaneidade da comunicação, o que implica numa relação íntima entre as duas concepções: informação e comunicação, contemporaneamente ligadas, a ponto de se condicionarem em determinados aspectos e de ampliarem a abrangência da primeira.

Nesta trilha, cite-se W. Weaver:

Comunicação inclui todos os procedimentos por meio dos quais uma mente pode afetar outra mente. Isto, obviamente, envolve não somente a linguagem escrita e oral, como também música, artes pictóricas, teatro, balé e, na verdade, todo comportamento humano.<sup>5</sup>

A questão da informação se apega exclusivamente às formas de comunicação de massa ou social, excluindo evidentemente serviços de telefone ou telefax, que embora incluídas no gênero das telecomunicações não se enquadram naquelas condições. Mas, ao se falar hoje em direito à informação devem ser considerados quase todos os meios de comunicação, adequando-os às nuances de sua especificidade, prevalecendo preceitos, no entanto, quase idênticos a todos, notadamente quando dirigidos a terceiros.

## 1.2. Objetivo da comunicação

Doutrinariamente, as definições sobre comunicação são convergentes e evidenciam um enfoque comum: o objetivo do emissor (comunicador) de alterar ou influenciar a mente de outro indivíduo, por meio de vários processos (televisão, rádio, jornais, revistas, cinema, telefone, fax, telex, videotexto, internet e meios cibernéticos).

Tanto que assim dispõe C. Hovland: “A comunicação é o processo por meio do qual o indivíduo (o comunicador) transmite estímulos (geralmente símbolos verbais) para modificar o comportamento de outros indivíduos (receptores)”.<sup>6</sup>

Aceita quase que unanimemente, tal concepção outorga alguns elementos básicos e atuantes nesses procedimentos:

---

<sup>5</sup> RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. *Dicionário de comunicação*, 2. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 151

- a) fonte: pode ser uma pessoa ou uma organização (emissora de rádio ou televisão, jornal, editora etc);
- b) mensagem: pode assumir a forma de tinta no papel, de ondas sonoras no ar, impulsos de uma corrente elétrica, de um gesto com as mãos ou qualquer outro sinal. Esses sinais, para serem transmitidos e terem seus significados adequadamente interpretados, precisam ser codificados (ordenados em algum sistema de sinais);
- c) destino: pode ser uma pessoa, um grupo de pessoas, um auditório, uma audiência de milhões de pessoas etc., no ato de captar uma mensagem.<sup>7</sup>

Conclui-se pelos enunciados acima, ser a comunicação:

um processo complexo e interligado, que pode se processar por inúmeros meios, unindo uma ou várias pessoas, seja como emissor seja como receptor, e que busca influenciar ou modificar o comportamento e/ou pensamento de outra pessoa ou grupo de pessoas. Mesmo nas mais singelas mensagens, há sempre o intuito de alterar, de alguma forma, o universo ou o comportamento do receptor.<sup>8</sup>

### 1.3. evolução

A liberdade de expressão e opinião, que originou o direito à informação, foi consagrada pelos artigos 10 e 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com a vitória da Revolução Francesa:

Nenhum homem pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei;  
A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 158-159

<sup>8</sup> NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28

No mesmo sentido, embora ainda não o reconhecendo como um direito autônomo, o artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU<sup>9</sup> de 1948, expressamente agasalhava o direito à informação:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

O primeiro documento, no entanto, a tratar do assunto dentro de uma perspectiva pública e em nível mundial foi a encíclica “Pacem In Terris” do Papa João XXIII de 11 de abril de 1963:

Todo ser humano tem o direito natural à liberdade para buscar a verdade e, dentro dos limites da ordem moral e do bem comum, para manifestar e defender suas idéias, para cultivar qualquer arte e, finalmente, para ter informação objetiva dos sucessos políticos (item 12, § 5º).

A posição atual é bem definida. Como coloca Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

---

<sup>9</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu como uma resposta da humanidade à traumática experiência dos totalitarismos que macularam a primeira metade do século XX. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, ganhou força a idéia de que o respeito à dignidade humana deveria estar acima da simples soberania dos Estados. Assim, em 10 de dezembro de 1948, as nações integrantes da ONU - Organização das Nações Unidas subscreveram o documento, estando o Brasil entre os signatários. Na ocasião, concluiu-se que sem Justiça, não poderia haver paz e que ela, fatalmente, pressuporia a existência de direitos que deveriam ser assegurados a cada pessoa humana.

Compondo-se de trinta artigos que garantem a todos os indivíduos, independentemente de raça, credo e cor, os seus anseios fundamentais como ser humano livre, assegurando-lhes direitos civis e políticos (liberdade), direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade) e direitos difusos ou coletivos (fraternidade ou solidariedade), através dela, a pessoa passou a ser o verdadeiro sujeito do direito internacional dos direitos humanos e, por conseguinte a sua proteção passou para além das fronteiras do país em que se vive.

Aprovado como resolução, é considerada um verdadeiro código de princípios de observância compulsória, tendo se transformado em princípio geral de direito internacional, cuja violação comporta condenação internacional, com aplicação de sanções pela comunidade internacional organizada na ONU, como eventuais embargos econômicos.

Reconhece-se assim que ela não se constitui num tratado, logo, não apresenta força de lei ou estrutura que compromissa os Estados signatários. No entanto, originou outros pactos que outorgaram força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do direito internacional, além de inaugurar o que se convencionou denominar Sistema Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Não se pode negar a influência dos novos meios de comunicação de massa – rádio e televisão – cuja penetração era inimaginável nas primeiras fases do Estado de Direito, na formulação mais recente do direito À informação como um direito bifronte: o direito a exprimir idéias e opiniões e o direito a receber informações; o direito do emissor e também o direito do receptor e, acima de tudo, *um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa*.<sup>10</sup>

É de se destacar que a partir da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), a liberdade de imprensa passa a abranger “todos os meios de divulgação de informação ao público, principalmente quando através dos modernos e poderosos veículos de difusão como o rádio e a televisão, cujo alcance sobre a grande massa é ilimitado”<sup>11</sup>.

#### 1.4. Direito fundamental

De acordo com o professor Dalmo de Abreu Dallari<sup>12</sup>, “direitos humanos” é “uma expressão sintética que significa os direitos fundamentais como: a vida, a liberdade, alimentação, habitação, saúde, vida em família etc. Cada uma dessas necessidades corresponde a um direito. Isso é o que contém. Na essência, a expressão “direitos humanos”. Em suma, é o reconhecimento das necessidades fundamentais do indivíduo que devem ser protegidas como direitos inalienáveis, que não são recebidos da sociedade ou do governo, mas que são inerentes à própria condição humana.

Segundo concepção doutrinária moderna, os direitos humanos se dividem em três gerações:

A primeira, a geração dos direitos civis e políticos, correspondentes às liberdades individuais, tais como a liberdade de manifestação do pensamento, a de crença, a de religião, a de reunião, a de locomoção e a de associação. A segunda: dos direitos econômicos e sociais, que se distinguem das liberdades individuais e consistem em direitos trabalhistas de um lado e em direitos independentes de relação de emprego do outro – por exemplo, a saúde, a moradia, e educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social. A terceira está

<sup>10</sup> NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *op. cit.* p. 186. Grifos nossos.

<sup>11</sup> Para um aprofundamento no tema, vale a leitura do livro: BARRETO, Carlos Roberto. *Os Procedimentos penais na Lei de Imprensa*. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Revista “Família Cristã”* – 12/1988, p. 23.

assentada nos princípios da solidariedade entre os povos e na autodeterminação destes e fundada na concepção da vida humana mediada pela comunidade universal. É a geração dos chamados direitos dos povos, que compreendem exigências coletivas e universais e correspondem aos direitos básicos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz e à participação no patrimônio comum da humanidade, composto pelos recursos naturais do planeta e pelo acervo de conhecimento científicos, artísticos e tecnológicos.<sup>13</sup>

As três gerações de direitos – civis e políticos, econômicos e sociais, e dos povos – não se incompatibilizam entre si, são categorias que não se excluem e essa tríplice geração dos direitos humanos ganhou maior importância com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na qual os conceitos de dignidade da pessoa e da autodeterminação dos grupos sociais foram evidenciados, tornando-se princípios básicos de um estado que se pretende democrático de direito<sup>14</sup>.

Também é de se destacar que há autores que propugnam por mais uma categoria de direitos. Com efeito, invoquemos Etienne-Richard Mbaya<sup>15</sup>:

É preciso desde logo anunciar, com vigor, a necessidade de uma pesquisa em profundidade com vistas à promoção de uma nova geração – a quarta – que seria, no nosso entender, a dos direitos à democracia, às comunicações e aos pluralismos cujos beneficiários serão os indivíduos, as comunidades e os povos. Em caso de sua violação, sanções, conseqüentes e correspondentes deverão ser aplicadas para terminar, desse modo, o infeliz costume da impunidade.

Tal grupo, no entanto, ainda está se consolidando através das contribuições de juristas e estudiosos das Ciências Humanas em geral.

O direito à informação, por sua atual abrangência, se revela num direito subjetivo autônomo, “possuindo dimensões enquadráveis tanto nos chamados direitos

---

<sup>13</sup> R. BARBOSA, Marco Antonio. *Revista “Família Cristã”*, p. 457- 11/1990.

<sup>14</sup> Hoje se fala em “Direitos Humanos de Quarta Geração” que dizem respeito aos direitos advindos de questões relacionadas a bioética. Segundo orientação de Norberto Bobbio no seu livro “A Era dos Direitos” referido grupo de direitos decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “...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” (p. 06).

<sup>15</sup> MBYA, Etienne-Richard, *Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas*, *Estudos Avançados* (30)- 1997, p. 33

de primeira geração, como nos de segunda e de terceira, caracterizando-se, neste último caso, como um direito de toda a sociedade ser devidamente informada sobre os fatos, acontecimentos, opiniões e interpretações relevantes para o seu aprimoramento político, cultural e pessoal”.<sup>16</sup>

Com efeito, a solidariedade como integrante da Terceira Geração dos Direitos Humanos nos convida a uma séria reflexão sobre a importância de desenvolvermos uma convivência mais fraterna e solidária, notadamente numa época em que o desenfreado consumismo se sobrepõe a inúmeros princípios, tornando as pessoas mais frias e insensíveis. Como propósito moral que vincula o indivíduo à subsistência, aos interesses e às obrigações dum grupo social, dum nação ou da própria humanidade, fazendo com que ele partilhe construtivamente da vida do seu semelhante, ela encerra dois aspectos, ou seja, participação e ajuda: uma virtude que se subordina à disposição afetiva em relação a quem nos avizinha. O futuro, coletivo e individual, depende de esforços pessoais que se somam e começam a mudar pequenas questões para, estruturado em muito trabalho e nunca boa dose de renúncia, alcançar gradualmente, e o quanto antes, a consolidação de uma convivência afável e justa. Nesse sentido, a informação, com seus requisitos e características próprias, exerce um papel de grande relevância.

#### **1.4. Caracterização**

O direito à informação atualmente é concebido como um direito subjetivo autônomo, que possuindo dimensões enquadráveis nas três gerações de direitos humanos, compatibiliza-se mais propriamente com a terceira geração, embasada na solidariedade. Originou-se da liberdade de pensamento e de expressão<sup>17</sup>, mas hoje o seu exercício se constitui, inclusive, num instrumento que limita a abrangência destas premissas constitucionais, notadamente diante de seus princípios básicos e pressupostos que ainda enseja o próprio acesso à informação.

---

<sup>16</sup> NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1ª. ed., 1998, p.331.

<sup>17</sup> Para uma visão mais abrangente do tema vale a leitura do livro: RAMALHO, Maria de Fátima Vaquero. *Direito à Liberdade de Imprensa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

### 1.5. Acesso à informação

Atualmente a liberdade de imprensa se revela como a de informação por qualquer meio jornalístico, aí compreendida a comunicação e o acesso ao que se informa. Ou seja, preservando-se, de um lado, a perspectiva individual do direito à informação, que dá à liberdade de imprensa ainda uma dimensão de direitos de manifestação do pensamento assegurado ao indivíduo. Mas, de outro, garantindo-se um direito, que é verdadeiramente coletivo, de acesso à informação.

Com efeito, os Estados devem mostrar um maior compromisso em criar, quando não as tenham, “leis que assegurem o acesso à informação como um direito humano, para ajudar a consolidar as democracias nas Américas”. Essa é a recomendação mais importante do *Estudo Especial sobre o Direito de Acesso à Informação* – um documento de 53 páginas divulgado no último dia 27 de agosto de 2007 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>18</sup>

O texto solicita que os governos “adotem as medidas legislativas e práticas necessárias” para garantir esse direito e “forneçam os recursos para implementá-las”. Dividido em cinco grandes capítulos, o trabalho foi concebido para analisar o impacto de uma importante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual se decidiu – em setembro de 2006 – que o governo do Chile estava obrigado a fornecer informações solicitadas por um grupo de cidadãos (caso “Cláudio Reyes y otros”). Foi a primeira vez que um órgão internacional estabeleceu que o direito à informação é um direito humano e faz parte do direito à liberdade de expressão.

“O acesso à informação constitui uma ferramenta essencial para combater a corrupção, transformar em realidade o princípio de transparência na gestão pública e melhorar a qualidade das nossas democracias”, destaca o documento. Essas democracias – prossegue - são “marcadas por uma cultura de secretismo” e por organismos públicos

---

<sup>18</sup> Matéria publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo” (28.08.2007, p.A-14), assinada por Gabriel Manzano Filho.

“cujas políticas e práticas de manejo físico da informação não estão orientadas para facilitar o acesso das pessoas a essas informações”.

Uma das providências a tomar, informa o estudo, é que “para a existência de um regime de exceção próprio de uma sociedade democrática”, a possibilidade de o Estado classificar e declarar confidencial uma informação “deve estabelecer um limite temporal ou condicionado à desaparecimento de sua causa”. As restrições “têm de estar claramente estabelecidas por lei e seus fins devem ser legítimos”, de acordo com a Convenção Americana. E, para que uma negativa seja legítima, os governos devem “responder por escrito a quem houver feito o pedido e devem especificar os motivos e fundamentos legais” para tal restrição.

Outro trecho do documento dispõe que “o acesso à informação constitui ferramenta essencial para combater a corrupção, transformar em realidade o princípio da transparência na gestão pública e melhorar a qualidade de nossas democracias”.

## **2. Princípios fundamentais do direito à informação**

São princípios fundamentais do direito à informação: o dever de veracidade, “entendido este como uma não distorção e/ou omissão intencional dos fatos ou idéias, opiniões e interpretações”<sup>19</sup>; o pluralismo político em todos os campos e a ausência de censura, seja estatal, seja de caráter privado.

### **2.1. Dever de veracidade**

O direito à informação se revela num baluarte da democracia. A Constituição Federal, por isso, resguarda a liberdade de comunicação (art. 5º, inciso X), proibindo qualquer restrição à informação (art. 220, “caput”) e veda a edição de preceito legislativo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (idem, parágrafo 1º). No entanto, torna-se inadmissível e irresponsável o alarde precipitado e sem uma fonte segura, hipótese para a qual já existem as sanções respectivas, cujos

---

<sup>19</sup> NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *op. cit.*, p. 332

profissionais devem responder por seus erros e pelas conseqüências deles advindas, fazendo com que haja um equilíbrio natural entre a divulgação e o fato noticiado.

Sobre tal circunstância, o jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira<sup>20</sup> assim se manifestou:

É certo que o jornalismo deve empreender (e já o faz) um severo exame crítico a respeito do indispensável equilíbrio com suas denúncias, com a presunção constitucional da inocência e o intocável direito à audiência dos acusados. No entanto, daí a subtrair-lhe a prerrogativa de publicar, na extensão merecida, as mazelas dos gestores públicos, já se distancia do que o Estado de Direito bem fixou. Além do mais, “toda pessoa tem direito à honesta informação sobre os acontecimentos coletivos” (João XXIII, *Pacem n Terris*).

O papel da informação seja qual for o seu meio, é a busca permanente da verdade sobre os fatos<sup>21</sup>. Assim, ética e rigor na apuração das informações são duas posturas imprescindíveis no trabalho dos jornalistas, que têm grande responsabilidade social. DAVID LAWRENCE, ex-“publischer” do “Miami Herald”, durante aula inaugural do Décimo Primeiro Curso Intensivo de Jornalismo Aplicado do Grupo Estado, no dia 15 de setembro de 2000, no auditório do jornal “O Estado de São Paulo” afirmou que “os jornalistas devem mais do que nunca manter-se fiéis aos princípios básicos do jornalismo, mas ao mesmo tempo ser originais e adaptar-se às tendências atuais”. Ele ressaltou ainda que “o jornalismo pode e deve ser uma vida de serviço público; uma forma de fazer o bem todos os dias” e que “os princípios básicos – levantamento dos fatos e imparcialidade, compaixão e perspectiva – ainda constituem a base para o jornalismo de qualidade”.

Para destacar a importância da carreira jornalística, Lawrence utilizou as palavras do também jornalista Gene Miller, vencedor de dois Prêmios Pulitzer – o mais importante da área nos Estados Unidos: “Um único repórter, um único editor, uma única edição ou uma única série de reportagens pode fazer uma diferença crucial. Nada pode deter um repórter agressivo, talentoso, pensativo, criativo, correto e persistente”. Rendemos por isso nossas homenagens a todos os profissionais que se dedicam a longos

<sup>20</sup> FERREIRA, Manuel Alceu Affonso, “O Estado de São Paulo” em 15.06.1994, p. A-2

<sup>21</sup> Referentemente a veracidade dos fatos, vale conhecer a obra: CARVALHO, Luís Gustavo G. Castanho. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

períodos de trabalho e plantões com o intuito de apurarem, divulgarem e comentarem os fatos que se sucedem ininterruptamente, envolvidos permanente e exclusivamente com a verdade<sup>22</sup>.

### **2.1.1. Situação no Brasil**

A Constituição Federal, o Código Civil, o Código Penal, a Lei de Imprensa e muitos outros diplomas e mecanismos legais disciplinam e fiscalizam a atividade dos jornalistas, sujeitos até a pena de prisão. A Lei 5.252, em vigor desde o regime militar – fevereiro de 1967 -, conhecida como Lei de Imprensa, “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”. Ela define, como o Código Penal, três tipos de crime contra a honra: calúnia, injúria e difamação, todos apenados com detenção que varia de quatro a dezoito meses e multa.

A mesma lei mantém outro artigo que enquadra jornalistas por “propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”, caso em que a pena vai de um a quatro anos de detenção<sup>23</sup>.

### **2.1.2. Os princípios de Chapultepec**

A autonomia de informação é o núcleo de qualquer sistema democrático, ressaltando-se que a responsabilidade - ética, cívica e penal - por qualquer expressão divulgada é o sustentáculo de tal premissa. Transcrevemos aqui, a título ilustrativo, os princípios básicos da DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC, outorgada em 14 de fevereiro de 1998 e que defende uma imprensa livre e rechaça quaisquer tipos de imposições, postulando, por isso mesmo, por uma imprensa responsável, compenetrada e convencida dos compromissos que sustentam o exercício da liberdade.

---

<sup>22</sup> Para uma melhor compreensão do alcance na atuação dos comunicadores, sugere-se a leitura de “Profissão Jornalista – Um Estudo dos Jornalistas como Trabalhadores” de G. Bohère, tradução de Dario Luis Borelli. São Paulo: LTr, Brasília: OIT, 1994.

<sup>23</sup> Sobre a questão da responsabilidade por eventuais ofensas proferidas por terceiros e divulgadas pelos órgãos de comunicação, indica-se a leitura do artigo *Da responsabilidade penal pelas ofensas veiculadas através da imprensa e atribuídas à pessoa entrevistada* de Adalberto José de Camargo Aranha (JTACrim, 61;10)

1. Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo; 2. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos; 3. As autoridades devem estar legalmente obrigadas a por à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação; 4. O assassinato, o terrorismo, o seqüestro, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Estes atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente; 5. A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou a divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas, se opõem diretamente à liberdade de imprensa; 6. Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminação ou favores em função do que escrevam ou digam. 7. As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal, não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas. 8. A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias. 9. A credibilidade de imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade, e a clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista destes fins e a observância destes valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga; 10. Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.

## **2.2. O pluralismo político**

O Estado Democrático de Direito é aquele cujo regime jurídico auto-limita o poder do Estado ao cumprimento das leis que a todos subordinam. Tal noção corresponde ao estágio civilizatório das democracias “em que o poder das leis está acima das leis do Poder”. O ideal do Estado de Direito tem como uma de suas peças a supremacia da Constituição. Desse modo, não é possível compreender o Estado de Direito sem compreender a Lei Maior.

Pode-se afirmar, em sentido mais amplo, que se revela no regime político que permite ao povo através das eleições uma efetiva participação no processo de formação da Administração Pública (governo). Assim, todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

Assim, o regime político-jurídico brasileiro consagrado na Constituição é o Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, que se traduz na existência de mais de um partido ou associação disputando o poder político.

A informação é imprescindível ao debate das teorias para reacender a cobrança da ética e esta, não contempla apenas resultados, mas princípios e sem ela, as instituições políticas não se completam, nem atingem seus objetivos constitucionais. Está fazendo grande sucesso na Espanha um livro traduzido para a língua hispânica e de autoria de um inglês, John B. Thompson, “O Escândalo Político”. A tese nuclear da obra é que com o fim das ideologias ganha vigência a noção de que o governante deve à sociedade uma reputação acima de qualquer suspeita. Pelo menos em dois pontos: competência profissional e integridade pessoal.

Votar, em nosso país, traduz-se numa decisão difícil, desafiadora, mas necessária, notadamente num momento que se gasta muito com sua “máquina” e pouco com sua população. Na verdade, o poder somente deveria servir para seu detentor sentir-se capaz de realizar os ideais que em alguns corações, ainda resistem. O resto acaba, com o tempo, sepultado no túmulo inevitável para onde vão as vaidades e orgulhos humanos. No instante em que as pessoas tiverem consciência dessa verdade, a política não será o rotineiro desfile de escândalos, de agressões fortuitas e casos de corrupção, os quais são freqüentemente denunciados pelos meios de comunicação, mas numa prática que busca exclusivamente os interesses coletivos.

Por outro lado, teremos desempenho eficiente dos eleitos, somente com a vigilância e a cobrança constantes, no sentido de uma atuação que responda efetivamente aos anseios públicos e tais circunstâncias se concretizam com a eficaz cobertura da imprensa. O que não pode ocorrer é o cidadão, entender que, praticado o voto, já fez a sua parte. Fez, mas não totalmente. É preciso acompanhar o trabalho dos

que elegeu, já que o mandato não é deles, mas sim uma delegação de poderes em relação aos quais têm que prestar contas no exercício de suas atividades.<sup>24</sup>

### 2.3. Ausência de censura

Na realidade, a história das democracias e do Estado de Direito se escreve paralelamente à liberdade de informação, podendo-se afirmar categoricamente que a interrupção de uma é sempre precedida ou seguida pela queda da outra. A Carta Magna é cristalina ao consagrar, com vigor, tal princípio em diversas passagens. O art. 4.º estabelece que *“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*. Por outro lado, o art. 14 assegura a todos *“o acesso à informação”* e resguarda *“o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional”*. No parágrafo primeiro do art. 220, o legislador determina, inequivocamente, que *“nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer vínculo de comunicação social”*. Todo esse amparo da Carta Magna tem evidência lógica. A liberdade de expressão não significa liberdade do jornalista, mas sim do público e dos leitores que acreditam numa sociedade melhor e independente.

O direito à informação, embora autônomo, deve ser exercido com responsabilidade e a busca desta não implica em censura. Até a poucos anos, questionar a publicação de determinadas reportagens ou qualquer programa da mídia era ser tachado de censor, autoritário, moralista. Essa foi uma das heranças de mais de vinte anos de ditadura militar, no qual a mera menção a algum tipo de controle sobre os meios de comunicação era vista como um atentado à liberdade de expressão e à democracia.

Hoje as coisas mudaram. Cresce entre amplos setores da sociedade uma indignação muito grande quanto a determinadas matérias jornalísticas, programas, novelas, filmes e músicas, seja por reforçarem estereótipos, por desrespeitarem o ser humano ou pela erotização vulgar. Ao lado desse inconformismo, toma corpo a idéia de que as pessoas precisam se organizar para exigir maior qualidade na programação, algo muito comum nos países da Europa e nos Estados Unidos.

---

<sup>24</sup> Para um aprofundamento no tema, vale a leitura dos livros: ALMINO, João. *O Segredo e a informação: ética e política no espaço público*. São Paulo: Brasiliense, 1986, e BONAVIDES, Paulo *Ciência Política*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

Tanto que Carlos Alberto Di Franco<sup>25</sup>, diretor do Máster em Jornalismo para Editores, professor de Ética Jornalística, e representante da Faculdade de Comunicação da Universidade de Navarra no Brasil, assim se manifestou: “A liberdade de expressão é um pré-requisito do sistema democrático. Mas a responsabilidade é a outra face da liberdade. Durante os anos dos governos militares, os produtores de TV reclamaram que sua criatividade era tolhida pela censura ditatorial. Quando a televisão recobrou o direito de se expressar com liberdade, de acordo com a nova Constituição, perdeu a compostura. Por isso, é importante que a opinião pública se manifeste. Caso contrário, a democracia não passará de uma carta de intenções”.

A irresponsabilidade de alguns comunicadores ou de determinados programas da mídia vem provocando inúmeras questões judiciais, notadamente processos indenizatórios por danos morais e materiais, em função de abusos e desrespeitos aos direitos de personalidade, inerentes a todos os cidadãos, principalmente quanto ao uso indevido ou à utilização irresponsável da imagem, o esbulho da privacidade e do direito à intimidade.

#### **2.4. Pressupostos do direito à informação**

De acordo com a comissão MacBride (UNESCO), os pressupostos do direito à informação são:

- a) direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseja obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que são necessárias adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação, ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada, constituem uma infração desse direito;
- b) direito do indivíduo transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante a intimidação ou uma sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;

---

<sup>25</sup> DI FRANCO, Carlos Alberto – “O papel do telespectador” - artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, 14.02.200- pág. A-2

- c) direito a discutir: a comunicação deve ser um garante à livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis <sup>26</sup>.

### **3. O direito à informação e os direitos da personalidade protegidos constitucionalmente**

O direito de informação não pode colidir com os direitos da personalidade sob pena destes serem agredidos, razão pela qual devem ser tutelados na busca de se preservar a honra, a imagem e a privacidade de pessoas, que em algumas situações se chocam com o primeiro, embora ambos sejam constitucionalmente garantidos.

A partir da Constituição de 1988, passaram-se a defender concretamente os direitos do espírito humano e os valores que compõem a personalidade. Tais aspectos se constituem em marcos importantes no processo evolutivo de nossa sociedade, por reafirmar a existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de abrigá-lo de uma infinita variedade de fenômenos sócias que podem esbulhá-lo.

A finalidade do ressarcimento por danos morais se assenta em fatores de compensação, não de recomposição. “O dinheiro não poderá recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Representa apenas uma compensação, uma consolação, capaz de neutralizar de alguma forma o sofrimento”, afirmou o desembargador Walter Moraes, do Tribunal de Justiça (TJ) de São Paulo, ao jornal Folha de São Paulo. “Ao mesmo tempo, é uma punição para aquele que causou o dano, e deve ser uma quantia que reprima, nele, qualquer iniciativa semelhante”.<sup>27</sup>

As dificuldades na fixação da indenização nessas situações advindas da subjetividade dos parâmetros e da inexistência de critérios legais vêm sendo contornadas por indicações jurisprudenciais e pela confiança depositada nos juízes, que, no mister de restabelecerem o equilíbrio social, arbitram valores respaldados no bom senso e na equidade. O importante é consagrar e aprimorar as reivindicações no campo moral.

---

<sup>26</sup> UNESCO- Um mundo e muitas vozes, apud PEREIR, Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo:Global, 1987. p. 15-!6

<sup>27</sup> MORAES, Walter, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, apud MARTINELLI, João Carlos José Martinelli, “O Sentimento de Justiça”, Ed. Literarte, 2000, p. 115.

Citemos Clauton Reis<sup>28</sup>:

Não se trata, porém, de mera aplicação da lei ou do reconhecimento de um dano que deva ser objeto de mera reparação. O alcance social que se pretende através da reparabilidade dos danos morais extrapola o mero sentido de aplicação da lei. Somente a sociedade de futuro terá condições de aferir a importância da defesa do patrimônio moral do indivíduo ou da própria sociedade.

Assistimos, hoje, à educação progressiva da consciência jurídica contemporânea, motivada pela obra de juristas, legisladores e magistrados, na construção do homem espiritual do futuro, tão abalado atualmente por comportamentos nocivos e imorais que afetam os padrões de moralidade conquistados no transcurso de milênios pela nossa civilização.

Além dos danos morais, as violações aos direitos da personalidade também podem acarretar danos materiais, passíveis de reparação, residindo aí, a diferença entre ambos. Invoquemos novamente Clayton Reis<sup>29</sup> :

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu “status quo ante” ou possibilitar à vítima aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador.

A sanção dos direitos da personalidade deve ser feita por um lado através de medidas cautelares que determinem a imediata suspensão dos atos que desrespeitem os direitos de personalidade. Em seguida, duas situações poderão ser vislumbradas: o ressarcimento de danos, na hipótese de divulgação ou não de determinada ofensa, com evidente aumento da reparação no primeiro caso<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> REIS, Clauton, *Do Dano Moral*. Ed. Forense, p. 90.

<sup>29</sup> REIS, Clauton, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> Sobre a incidência de Danos Morais, vale a leitura do livro “*Dano Moral*” de Yssef Said Cahali, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

A Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de direito fundamental o "direito à própria imagem" (art. 5º, inciso X). Trata-se de uma novidade constitucional absoluta que assegurou especial tutela jurídica através da qual se protege o direito de cada indivíduo de dispor de sua imagem<sup>31</sup>.

O dispositivo em foco é de grande relevância. Em razão do avanço tecnológico e pela dimensão alcançada pelos meios de comunicação de massa, a imagem alcançou elevada importância e inegável valoração econômica. É através dela, inclusive, que se dá fundamentalmente a comunicação e a transmissão de informações.

#### 4. Conclusão

Com acerto o prof. Dalmo Dallari<sup>32</sup> afirmou:

O povo necessita da liberdade de imprensa, mas tem igual necessidade de outros direitos fundamentais, devendo-se procurar sempre a conciliação e a harmonização dos direitos. Num desrespeito à honra, à intimidade e à privacidade, bem com sociedade democrática, ninguém deverá ser o único árbitro dos limites e das conveniências quanto ao respeito aos direitos, pois tal privilégio seria uma concessão totalitária, semelhante à do monarca absolutista, que só se submetia ao julgamento de sua própria consciência.

Não há como deixar de reconhecer que, sob muitos aspectos, a atividade dos veículos de comunicação e dos profissionais da informação tem se tornado mais complexa e tecnologicamente mais sofisticada do que poderia se imaginar no passado. Se antes, em regiões como as do nosso continente latino-americano, a defesa da liberdade irrestrita de imprensa se impunha, como anteparo contra os cerceamentos de governos autoritários e de ditaduras, ou como instrumento de combate aos seus abusos, hoje em dia - especialmente nas democracias do Primeiro Mundo, mas também nas emergentes como a nossa - o direito à liberdade de expressão tem que ser condicionado por um outro direito, inerente à cidadania, que é o direito à privacidade. E nossa

<sup>31</sup> MARTINELLI, João Carlos José, *O Sentimento de Justiça*. Ed. Literarte, 2000- p. 94

<sup>32</sup> Artigo publicado na Revista "Família Cristã" – 12/1988 – p. 23.

Constituição acolhe a ambos, pois afirma que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (artigo 5.º, IX), para logo em seguida afirmar (artigo 5.º, X) que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoa...” - sem esclarecer como conciliar a vigência dos dois direitos nos casos em que forem conflitantes<sup>33</sup>.

Esse aparente conflito entre dois direitos de cidadania - e a indefinição sobre qual deles teria primazia - autorizaria alguém a firmar que é livre a atividade de comunicação, inclusive para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas? O simples bom senso diz que não, embora haja uma interminável discussão filosófica, ética e jurídica sobre o tema, até nas mais perfeitas democracias contemporâneas.

“De qualquer forma, seja por meio de uma reformulada legislação civil e penal, seja por uma nova Lei de Imprensa, é preciso que se normalizem as relações dos veículos de comunicação com a sociedade, e também desta com os profissionais da informação, com o objetivo precípua de conciliar a maior liberdade possível com o mais elevado senso de responsabilidade”<sup>34</sup>.

### Referências:

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

BARBOSA, Gustavo e RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de comunicação*, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

BOECHAT, Elba. reportagem publicada no jornal “O Globo” em 01.08.1993.

CALDAS, Pedro Frederico, “*Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*”, São Paulo: Saraiva, 1997.

CUPYS, Adriano de, “*Estrutura dos Direitos de Personalidade*”, in “*Os direitos de personalidade*”, Lisboa, Livra Moraes, Ed. 1961, p. 15, citado por Pedro Frederico

<sup>33</sup> Para um aprofundamento no tema, vale a leitura do livro: SERRANO, Vidal, *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

<sup>34</sup> Editorial de “O Estado de São Paulo”, “in fine”, pág. A-2- 26.11.2000

Caldas na sua obra “Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral” – Ed. Saraiva, S.P. - p.05 - ed. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Artigo publicado na Revista “Família Cristã”* – 12/1988 – p. 23.

DOTTI, René Ariel, *Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 157

FALCÃO, Joaquim, artigo publicado no jornal “O Globo”, em 06.06.1993, p. 06

FERREIRA, Aluízio, *Direito à Informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p.168

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso, *artigo publicado pelo jornal “O Estado de São Paulo”* em 15.06.1994, p. A-2

FRANCO, Carlos Alberto, “*O papel do telespectador*” artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, 14.02.200- p. A-2

GRECO. Albino. *La liberta di stampa nell`ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974, p. 40 *apud* SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 218

MANZANO FILHO, Gabriel, matéria publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo” (28.08.2007, p.A-14)

MARTINELLI, João Carlos José. *O Sentimento de Justiça*. São Paulo: Literarte. 2000.

MBYA, Etienne-Richard, “Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas” – Estudos Avançados (30)- 1997 – pág. 33

NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28

PEREIRA Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo: Global, 1987. p. 15-16

R. BARBOSA, Marco Antonio – *artigo publicado na revista “Família Cristã”* - p. 457-11/1990

RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. *Dicionário de comunicação*, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

REIS, Clauton. *Do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense - 1998.

---

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva. 1999.

RUGGIERO, Roberto de, “Instituições- Vol. I” - ed. 1971, S.P., Ed. Saraiva – pág. 305-6.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, 03.08.96, p. 2 - cad. 3.

UNESCO - Um mundo e muitas vozes, apud PEREIR, Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo:Global, 1987. p. 15-16

---

**ATIVISMO JUDICIAL E O COMETIMENTO DE CRIME DE  
RESPONSABILIDADE PELOS MINISTROS DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Juliana Caramigo Gennarini*<sup>1</sup>  
*Carolina Yaly*<sup>2</sup>

**Resumo**

O presente artigo evoca as causas e consequências do chamado ativismo judicial, praticado pelo Poder Judiciário, o qual fere o princípio da separação dos Poderes. No entanto, tal conduta tem sido recorrente pela omissão dos demais Poderes. Sob esse aspecto, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4754/2016, que amplia o rol dos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, alterando o art.39 da lei nº 1079/50. Desta feita, será possível ao menos, analisar o projeto de lei apresentando em um período de efervescência política, já que as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal contrariam os interesses atuais da classe política.

**Abstract**

This article evokes the causes and consequences of so-called judicial activism practiced by the Judiciary , which undermines the principle of separation of powers . However , such conduct has been recurring for the omission of the other branches . In this regard , Bill No. 4754/2016 was presented, in which broadens the list of offenses for which Ministers of the Supreme Court , changing the art.39 of Law No. 1079 / 50. Desta made , you can at least analyze the bill presenting in a period of political effervescence since the decisions of the Supreme Court are contrary to the interests of the political class atua .

---

<sup>1</sup> Juliana Caramigo Gennarini – Mestre em Direito Político e Econômico e Pós-Graduada em Direito e Processo Penal, ambas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora Universitária.

<sup>2</sup> Carolina Yaly – Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo e Pós- Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Anhanguera Educacional. Advogada.

## **Introdução**

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem exercido um papel ativo perante a sociedade, se pronunciando em temas como reforma da previdência, papel do Ministério Público na investigação criminal, progressão de regimes aos condenados pela prática de crimes hediondos etc.

Resta clarividente que o Poder Judiciário tem desempenhado uma posição ativista, principalmente em relação à aplicação das políticas públicas, como a determinação de distribuição de medicamentos de alto custo.

Ante a isso, de modo a assegurar o cumprimento das garantias constitucionais, o Supremo Tribunal Federal passou a se pronunciar em relação a temas que ao Poder Legislativo caberia regulamentar.

Tal ato é denominado pela doutrina como ativismo judicial, que por sua definição é uma postura proativa do Poder Judiciário de modo a regular matéria que competência dos demais Poderes.

Diante dessa “intromissão” por parte do Poder Judiciário, que fere o princípio da separação dos Poderes, e do atual cenário político que vive o país, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4754/2016, o qual amplia o rol dos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, alterando o art.39 da lei nº 1079/50.

Sob esse aspecto, será analisado a causa do ativismo judicial, bem como a consequência da eventual aprovação do mencionado Projeto de Lei.

### **1. Origem e conceito do Ativismo Judicial**

A doutrina assevera que a origem do ativismo judicial surgiu com aplicação da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que autocriou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

O ativismo judicial surgiu principalmente nos Estados Unidos para manter a segregação racial, onde setores mais conservadores encontraram nessa conduta da Suprema Corte para manter a segregação racial.

Trata-se de uma participação mais ativa e ampla do Judiciário na aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, manifestando-se por meio de declaração de inconstitucionalidade de atos e imposições de obrigação de fazer e não-fazer para o Poder Público.

## 2. Causas do Ativismo Judicial

O ativismo judicial tem como causa a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, relacionada a matérias que caberia aos Poderes Legislativo e Executivo regular, mas que por omissão não foi realizada.

Segundo a renomada doutrina, essa omissão é denominada de síndrome a ineficácia das normas constitucionais, pois há normas constitucionais que determinam uma obrigação legislativa.

Dessa feita, como o Judiciário não pode se abster, quando provocado, acaba regulando os dispositivos constitucionais, o que por sua vez acaba excedendo a sua competência, caracterizando o ativismo judicial.

Mostra-se assim um Poder Legislativo e Executivo falhos e ineficientes, de modo a ocorrer “certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’”<sup>3</sup>.

E mais, o ativismo judicial só é observado em países onde há uma “uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade.”<sup>4</sup>

No Brasil o fenômeno surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previu como guardião da Carta Magna o Supremo Tribunal Federal.

Mesmo o Poder Judiciário cumprindo com o seu papel de guardião da Constituição Federal, recebe críticas dos menos estudiosos, como será exposto a seguir.

---

<sup>3</sup> CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

<sup>4</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002.

### 3. Críticas ao Ativismo Judicial

Os argumentos que contrariam a aplicação do ativismo judicial residem no denominado contramajoritarismo, que é a atuação do Poder Judiciário como legislador negativo, pois invalida atos dos Poderes que foram democraticamente eleitos.

Outra crítica refere-se ao princípio da Separação dos Poderes, pois ao anular ato ou lei emanado do Poder Legislativo, o Poder Judiciário excede os limites de sua competência.

Interessante é o posicionamento do autor Marcos Critsinelis<sup>5</sup> que assevera:

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?

Importante consignar que os juízes podem ser considerados como “juiz político”, já que para efetivar políticas públicas determina a alocação de recursos em determinado setor, sem a responsabilização pelo cumprimento.

Por fim, não gozam de representatividade política, o que afasta qualquer decisão que macule atos e leis oriundos dos Poderes Executivo e Legislativo.

### 4. Projeto de Lei nº 4754/2016

Em 16.03.16 foi apresentado, pelos deputados da Frente Parlamentar Evangélica, perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4754/2016, o qual amplia o rol dos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, alterando o art.39 da lei nº 1079/50.

---

<sup>5</sup> CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2003. p. 28.

A presente proposta foi lançada em meio ao atual cenário político, posto que a Presidente da República está prestes a ser destituída do cargo pelo eventual cometimento de crime de responsabilidade.

De acordo com o PL 4754/2016, os Ministros do STF cometeriam crime de responsabilidade ao “usurpar competência do Poder Legislativo ou Poder Executivo”.

O referido Projeto de Lei quer evitar o ativismo judiciário, sob o argumento de zelar pela preservação de suas competências.

Os deputados federais, defensores dos argumentos expostos no tópico anterior, pretendem “evitar” os perigos que pode ocasionar na ampliação da competência do Poder Judiciário.

Não se pode deixar de assinalar que em todas as ações em que Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar o fez nos limites dos pedidos, não lhe restando outra alternativa senão pronunciar sobre o mérito ou não.

Ademais, não se pode deixar de julgar sob a alegação que não existe lei, devendo o magistrado utilizar da analogia, costume e princípios gerais do Direito, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

O PL 4754/2016 além de ferir a independência judicial, impedirá a consolidação de direitos, principalmente quanto a aplicação de políticas públicas.

### **Conclusão**

O ativismo judicial tornou-se frequente nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois esse órgão passou a regular questões que, do ponto de vista político, exorbita a competência.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal exercer a função do Poder Legislativo em nenhum momento requereu para si essa função.

Ora, diante da omissão do Poder Legislativo em editar leis e atos que concretizem os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, em todas as demandas que o Poder Judiciário é provocado a dirimir conflitos relacionados a esses temas, tem de proferir uma decisão, pois não se pode deixar de julgar sob a alegação que ausência de lei.

Importante considerar que todos os temas levados ao Plenário do Supremo Tribunal Federal são extremamente controvertidos, o Poder Legislativo se exime de discutir com a sociedade, de modo sejam levados ao Judiciário, que por sua vez acaba cumprindo a função daquele Poder.

Se há o ativismo judicial tanto Poder Legislativo como o Executivo são contribuintes, pois muitas vezes as matérias discutidas possuem interesse predominantemente político pelo Poder Executivo.

Dessa forma, contribuem com a “intromissão” do Poder Judiciário perante os outros Poderes.

Totalmente desarrazoada a apresentação do Projeto de Lei nº 4754/2016, primeiro por transparecer a intenção de tolher do Supremo Tribunal Federal toda e qualquer decisão que influencie no processo que averigua o cometimento de crime de responsabilidade por parte da Presidente da República e, segundo, por ferir a independência judicial, o que impedirá a concretização das políticas públicas.

### **Referências:**

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>. Acesso em: 28/06/2016

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002.

CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro. 2003. América Jurídica.

---

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A QUALIDADE DE VIDA

*João Jampaulo Júnior*<sup>1</sup>

### **Resumo**

O princípio da dignidade da pessoa humana não deve ater-se a um único conceito político-filosófico, até pela sua abrangência, devendo ser considerado um princípio aberto. Por ser um princípio aberto, a qualidade de vida, com toda a generosidade de interpretação que for possível lhe atribuir, deve ser levada em conta, uma vez que a dignidade da pessoa humana também busca uma vida com qualidade. Sem esse atributo, a vida não pode ser considerada digna em seu aspecto material.

### **Abstract**

The principle of human dignity should not stick to a single political-philosophical concept, even by its scope and should be considered an open principle. Being an open principle, the quality of life, with all the generosity of interpretation as you can give it, must be taken into account, since the dignity of the human person also seeks a life with quality. Without this attribute, life can not be considered worthy in its material aspect.

### **1. Pessoa humana e dignidade**

#### ***1.1. A dignidade do (ser) homem***

O artigo 1º da Declaração Universal dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito Constitucional (Direito do Estado) – PUC/SP.

Porém, não se pode falar em dignidade da pessoa humana sem recorrer à oportuna lição de Kant, que a coloca em um patamar inalcançável: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”; “no reino dos *fins*, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (grifado no texto).<sup>2</sup>

A dignidade é um atributo individual do ser humano. Em face do espírito individual que encerra a dignidade da pessoa humana, é possível afirmar que essa dignidade é da pessoa concreta, devendo ser considerada na sua vida real e cotidiana, ou seja, deverão ser considerados homem e mulher em seu dia-a-dia, pois em todo homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade. “É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.<sup>3</sup>

É por isso que existe diferença entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e dignidade humana. A primeira “dirige-se ao homem concreto e individual”, já a segunda, “está à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa”.<sup>4</sup>

O autor afirma que a Constituição Portuguesa baseada na dignidade da pessoa humana, “afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos(sic)”.<sup>5</sup>

Da mesma forma que a Constituição Portuguesa, a Constituição de 1988 apresenta como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF), e não o termo amplo dignidade humana.

---

<sup>2</sup> KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Coimbra, 1960, p. 68 e 76, apud MIRANDA, Jorge *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, p. 169.

<sup>3</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, p. 169.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 169.

Assim, também a Constituição Brasileira afasta qualquer possibilidade de sacrifício de direitos ou da personalidade individual do homem, sob a justificativa de supostos interesses coletivos.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, ao promulgar o primeiro texto com alcance universal, reconhece a dignidade da pessoa e dos direitos essenciais ou fundamentais dela derivados.

A pessoa, em virtude de sua dignidade, converte-se em fim do Estado: “o Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve contribuir criando as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional a sua maior realização espiritual e material possível, como da mesma forma, tendo o dever de promover a integração harmônica de todos os setores da Nação e assegurar o direito das pessoas a participar com igualdade de oportunidades na vida nacional”.<sup>6</sup>

Ainda falando sobre dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da Constituição do Brasil, Alexandre de Moraes assevera que “o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual” (grifado no texto).<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Humberto Nogueira Alcalá, *A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Uma Aproximação Latino-Americana*, p. 19.

<sup>7</sup> Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, Teoria Geral, p. 60. É importante ressaltar: “O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (grifado no texto). Ob. cit. pp. 60/61.

A Constituição, fundada na dignidade da pessoa humana, faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.<sup>8</sup>

Também merece destaque, ainda que breve, uma avaliação da dignidade dentro da vida em comunidade, com a noção de tolerância, que é a capacidade de conviver com os opostos.

A tolerância não pode ser considerada como condescendência ou indulgência, mas o reconhecimento dos direitos humanos universais e das liberdades fundamentais de outrem. Tolerância não se confunde com alienação, desinteresse, indiferença, em especial quando essas dizem respeito à fome, à miséria e à falta de assistência por omissão.<sup>9</sup>

Essa ideia é totalmente antinômica com a dignidade da pessoa humana, como vista até aqui, uma vez que sumariamente pode-se dizer que em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana é composta através do direito à vida, à liberdade e à igualdade, em especial no que diz respeito às oportunidades de moradia, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer e outras necessidades que possibilitem uma vida com qualidade.

Dessa forma, podemos considerar a tolerância como o valor que dá a tônica na democracia, diferenciando-a dos demais modelos políticos. Sua base assenta-se no respeito pela dignidade da pessoa humana e na diversidade das várias expressões políticas.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, p. 167. “Pelo menos, de modo directo(sic) e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos(sic), sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*” (grifado no texto).

<sup>9</sup> Ronald Amorim e Souza, *Direito à Dignidade*, pp. 407/408. *Direitos Constitucionalizados* (vários colaboradores), Coordenadores – Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho.: A UNESCO em 16 de novembro de 1995 (Paris – França – art. 1º, itens 1.1 e 1.2) adotou a Declaração dos Princípios da Tolerância, tendo a moral como virtude, e estabelecendo em síntese que a tolerância é o respeito, aceitação das várias formas de modo do ser humano. “A tolerância somente tem guarida na sociedade quando os atos, as ações que se comparem provenham de pessoas que guardem uma só e única atitude na sociedade. Não se busca a igualdade pela riqueza do patrimônio, mas não se pode buscar a tolerância pelo convívio com a fome, com a miséria, com a desassistência, com o alheamento ao universo de carência que se mostre próxima, remota ou circunde o que se supõe tolerante”.

<sup>10</sup> Paulo Otero, *A crise do “Estado de direitos fundamentais”*, pp. 194 e ss. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Jurista Celso Bastos* (vários colaboradores), Coordenadores – André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: existe atualmente “uma tripla inquietação em torno da intolerância e que se projecta(sic) sobre os próprios direitos fundamentais: existe a inquietação decorrente da intolerância social de raiz étnica ou racial; a inquietação derivada da

## ***1.2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana***

Ao dispor sobre os Princípios Fundamentais, a Constituição de 1988 apresenta como um dos fundamentos do Estado de Direito a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, C.F).

O conteúdo de dignidade, em um primeiro plano, é de natureza moral. Contudo, para Celso Ribeiro Bastos a “preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar para as pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico”.<sup>11</sup>

Rodrigo Meyer Bornholdt, ao cuidar do princípio da dignidade humana, seu significado e funções, assim se pronuncia: “No dizer de Edílson Farias, ‘o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual’”.<sup>12</sup>

Uma vez que esse princípio não deve ater-se a um único conceito político-filosófico, até pela sua abrangência, deve ser ele considerado um princípio aberto. Por ser um princípio aberto, a qualidade de vida, com toda a generosidade de interpretação que for possível lhe atribuir, deve ser levada em conta, uma vez que a dignidade da pessoa humana também busca uma vida com qualidade. Sem esse atributo, a vida não pode ser considerada digna em seu aspecto material.

---

intolerância religiosa expressada no fundamentalismo e a inquietação provocada em termos políticos pelo terrorismo (interno e internacional).

<sup>11</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 248/249: Destaca ainda o saudoso constitucionalista o aspecto da “dignidade da pessoa” como um repúdio a qualquer forma de humilhação em todos os sentidos, o que entende como um acerto da Carta de 1988, “pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico”.

<sup>12</sup> Rodrigo Meyer Bornholdt, *Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais*, p. 85, *apud* Farias, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. pp. 51/52.

Não obstante a pessoa deva ser vista como fim último da sociedade, é imperioso destacar que a preocupação de ordem material não diz só respeito ao fator econômico. Igualmente devem ser levados em conta os direitos sociais e culturais. Humberto Nogueira Alcalá, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, sociais e culturais, escreve: “Os direitos econômicos, sociais e culturais participam das condições de verdadeiros direitos na medida em que tenham um reconhecido conteúdo essencial, ademais de serem disposições constitucionais de princípio, tudo o que tem por objetivo outorgar uma melhor qualidade de vida às pessoas”.<sup>13</sup>

Ao tratar dos princípios gerais do Direito e dos princípios constitucionais, Celso Ribeiro Bastos, em um primeiro plano, coloca a dignidade da pessoa humana entre os princípios gerais do Direito, juntamente com os princípios da justiça, da igualdade e da liberdade.<sup>14</sup>

O princípio da dignidade humana possui um potencial valorativo que se estende por todo o sistema jurídico. A sua importância também é destacada na via interpretativa, uma vez que a maioria dos direitos fundamentais, sejam eles expressos ou implícitos, deve fazer remissão à noção de dignidade humana. Dificuldades existem para se formular uma definição para dignidade humana. O seu significado é indeterminado, impreciso e vago. Todavia, alguns autores não se furtaram a essa tarefa.

Alexandre de Moraes, ao cuidar da dignidade da pessoa humana, coloca-a como um “valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*” (grifado no texto).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Humberto Nogueira Alcalá, *A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Uma Aproximação Latino-Americana*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 52, p. 18.

<sup>14</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, pp. 224/225. Na Constituição espanhola, estes princípios, e dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, são adotados sob a fórmula de valores superiores do ordenamento jurídico.

<sup>15</sup> Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, Teoria Geral, p. 60.

Ainda na busca de uma definição para o princípio da dignidade humana, Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira valem-se da definição de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que assim se posiciona: “Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal” (p. 04). Aliás, para a mesma autora, a dignidade humana consubstancia verdadeiro ‘superprincípio constitucional’ (p.10); ‘norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo’ (p. 08)”.<sup>16</sup>

Segundo José Afonso da Silva, a Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais do homem, iniciando-se desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”.<sup>17</sup>

Para se chegar à qualidade de vida como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana deve ser analisada em seu sentido material, ou seja, as exigências básicas para que ao homem sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna e condições para o desenvolvimento de suas potencialidades, para assim, proporcionar às pessoas, condições para uma vida digna, acompanhando o que parece ter sido o espírito do constituinte de 1988, que abrange, inclusive, o fator econômico, sem olvidar que a pessoa humana é o fim último de nossa sociedade.

---

<sup>16</sup> Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, apud Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*, texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 02 de setembro de 1999, p. 389/390, Nota de rodapé 437.

<sup>17</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 96.

---

## FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS: A JUSTIÇA

*Marcus Vinicius Ribeiro*<sup>1</sup>

A palavra “justiça” possui diferentes significações e pode ter concepções totalmente opostas dependendo de quem a formula, pois estão sujeitas às convicções político-ideológicas e às experiências de vida de cada um. Assim sendo, é impossível um consenso sobre ela, que terá sempre um conceito relativo. Vários estudiosos, no decorrer dos tempos, se debruçaram sobre o assunto para tentar se aproximar de um conceito de justiça.

Neste caminho, convém ressaltar que “justiça”, antes de mais nada, é uma virtude moral. Conforme afirma Jean Dabin<sup>2</sup>, “no sentido mais amplo, a justiça se funde com a própria moralidade; corresponde ao cumprimento de todos os deveres prescritos pela honestidade, sem distinção de domínio ou virtude, na vida privada do indivíduo ou da família e na vida social, pública ou política”.

Pois bem, Direito<sup>3</sup> é o conjunto de normas jurídicas, criadas pelo homem, para organizar a vida em sociedade. Visto do prisma de fato social, é definido por Gurvitch como “uma tentativa de realizar, num dado meio social, a idéia de justiça, através de um sistema de normas imperativo-atributivas”.<sup>4</sup> Na história do pensamento jurídico-filosófico foram formuladas várias teorias da justiça.

Destarte, se aproximar de uma definição do termo em apreço é fundamental para a ciência jurídica. Norberto Bobbio<sup>5</sup> afirma que as respostas para a definição de justiça podem ser divididas em três grupos: a) justiça é ordem; b) justiça é igualdade e c) justiça é liberdade.

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-São Paulo, Defensor Público do Estado de São Paulo, Professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) e das Faculdades Drummond.

<sup>2</sup> Teoria Geral do Direito, in “Os grandes filósofos do Direito”, org. Clarence Morris, p.497.

<sup>3</sup> Direito é difícil ser definido, até porque não se trata de uma expressão unívoca. Em suas diversas significações, ora é usada com sentido de norma, ora como faculdade, outras vezes como sinônimo de justo, como fato social ou, ainda, como ciência.

<sup>4</sup> *Apud* André Franco MONTORO, *Introdução à ciência do Direito*, p. 40.

<sup>5</sup> Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, p. 116 e ss.

Neste passo, Platão<sup>6</sup> formula três teses sobre a justiça, a saber: a) “é dar a cada um o que lhe é devido”; b) “é fazer o bem aos amigos e mal aos inimigos” e c) “o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte”.

Com efeito, o autor em certa passagem de sua obra, ao mencionar diálogos de Céfalo e Polemarco afirma que, se justiça é dar a cada um o que lhe é devido, então devemos fazer o bem para os amigos e mal para os inimigos. Porém, esta será uma justiça relativa, pois será a justiça de um, mas não será a de todos. Por fim, na fala de Trasímaco, surge a idéia que a justiça posta é feita pelo mais forte. Neste sentido, afirma que “cada governo promulga leis com vistas à vantagem própria: a democracia, leis democráticas; a tirania, leis tirânicas, e assim com as demais formas de governo. Uma vez promulgadas as leis, declaram ser justiça fazerem os governados o que é vantajoso para os outros e punem os que as violam, como transgressores da lei praticantes de ato injusto”.<sup>7</sup>

Na verdade, justiça é boa medida. A noção do que é justo está em cada um, mas é difícil fazer uma definição por sentença. A justiça é um bem em si mesma.

Por seu turno, Aristóteles<sup>8</sup> divide a justiça em três tipos, de acordo com as pessoas envolvidas. Neste passo, quando são particulares é chamada de comutativa. Quando as pessoas em questão são uma coletividade e seus membros, é chamada de distributiva e, por fim, em relação ao que é devido pela comunidade a seus membros, é a justiça legal.

Com efeito, para ele, “justiça é a observância de um meio-termo”. É uma virtude que o justo pratica deliberadamente. É um termo médio. Está no meio onde a injustiça está nos extremos. Afirma, ainda, que “‘justo’ significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e ‘injusto’ significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial”.<sup>9</sup>

Para Aristóteles, então, justiça é igualdade. O fim do direito é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (justiça comutativa) ou entre o Estado e

---

<sup>6</sup> A república, p. 55 e ss.

<sup>7</sup> A república, p. 67.

<sup>8</sup> Ética a Nicômaco .

<sup>9</sup> Ibidem.

os indivíduos (justiça distributiva). O direito é o remédio para as disparidades naturais e desigualdades sociais impondo uma medida para proporcionar um tratamento igual a todos os membros da comunidade.<sup>10</sup>

Kant, por sua vez, entende que justiça é agir com liberdade, respeitando a liberdade dos outros. Para ele, agir de maneira injusta significa interferir na liberdade dos outros. Neste sentido, afirma:

Toda ação é justa quando, em si mesma, ou na máxima da qual provém, é tal que a Liberdade da Vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.

Então, se minha ação ou minha condição pode coexistir, em geral, com a liberdade de todo mundo, de acordo com uma lei universal, qualquer um que me impeça de realizar essa ação, ou de manter essa condição, prejudica-me. Porque tal impedimento ou obstrução não pode coexistir com a Liberdade de acordo com a Leis universais

A Lei universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira:

‘Aja externamente de tal maneira que o livre exercício de tua Vontade possa coexistir com a Liberdade de todos os outros, de acordo com uma Lei universal.’<sup>11</sup>

Em Fundamentação da metafísica dos costumes, Kant desenvolve que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade. Com efeito, para ele, as pessoas devem agir “segundo a máxima tal que possa ao mesmo tempo querer ela se torne lei universal” e em todas suas ações deve ser considerado como um fim em si mesmo.<sup>12</sup>

John Rawls<sup>13</sup> desenvolveu a teoria da justiça como liberdade de Kant, acrescentando aspectos da igualdade extraídos de Rousseau e afirmou que "justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento". Para ele, os princípios de justiça são os seguintes:

<sup>10</sup> Norberto Bobbio. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 117.

<sup>11</sup> Primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito, in “Os grandes Filósofos do Direito”, org. Clarence Morris, p 240.

<sup>12</sup> P. 51.

<sup>13</sup> Uma Teoria da Justiça, 2000, p.273.

1. Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente adequado de iguais liberdades básicas que seja compatível com a liberdades para todos.
2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertas a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade.<sup>14</sup>

O primeiro objetivo da justiça é a imparcialidade e através dela podemos chegar a uma melhor análise das exigências de liberdade e igualdade. Rawls prioriza a liberdade em detrimento da igualdade. De qualquer forma, entende necessária uma igualdade de “bens sociais primários”, que incluem direitos, liberdades, oportunidades, etc.<sup>15</sup>.

Tomas Hobbes, por seu turno, entende a justiça como ordem, pois o direito “é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida”, cujo fim é a paz social.<sup>16</sup>

Neste sentido, afirma que “os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem [...]. A definição de injustiça é o não cumprimento de um pacto. Tudo que não é injusto, é justo”<sup>17</sup>

Mais adiante, Hobbes<sup>18</sup>, afirma que “para que as palavras justo e injusto possam ter sentido, é necessário alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto”. Enfim, com uma visão extremante formalista, confunde justiça com Direito e para ele ser justo é cumprir a lei.

Pois bem, embora seja difícil conceituar justiça, cada um tem uma idéia, para si, do que seja justo. O desafio é estabelecer uma máxima que seja válida para todas as pessoas. Tal tarefa parece ser uma utopia, mas ao tentar definir tal expressão, inúmeras são contribuições para o pensamento jurídico. É certo que o justo nem sempre coincide

---

<sup>14</sup> Libertad, igualdad y derecho, p. 13.

<sup>15</sup> Libertad, igualdad y derecho, p. 14-16.

<sup>16</sup> Norberto Bobbio, Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, p. 116

<sup>17</sup> Thomas Hobbes, Leviatã, p. 111.

<sup>18</sup> Ibidem.

com o legal e que o resultado sempre circula pela noção de liberdade e/ou igualdade. Conforme as convicções ideológicas pode se aproximar mais da liberdade ou mais da igualdade.

Conforme expôs Norberto Bobbio<sup>19</sup>, existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. A única forma de igualdade compatível com a liberdade da doutrina liberal é a igualdade na liberdade.

Não se pode entender a liberdade como querem os liberais, pois as pessoas não são exatamente iguais e os mais poderosos podem limitar a liberdade dos menos privilegiados caso não exista atuação do Estado no sentido de garantir a liberdade aos últimos. Para isto, é claro que deve ocorrer certa limitação na liberdade. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde a liberdade e a igualdade irão ceder prejudicando o menos possível uma a outra.

Os valores superiores buscados pelo direito são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal sendo que os demais são decorrência desse reconhecimento. A dignidade da pessoa humana não é mera conseqüência ou reflexo do ordenamento jurídico, ao contrário, tem uma existência prévia a ele.

No direito não existem valores absolutos. Assim sendo, estes, às vezes, devem ceder para não atingir outros igualmente assegurados. Por conseguinte, em determinadas situações, a liberdade de uns deve ser restringida para que não afete a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente para garantir um certo equilíbrio. A justiça, então, pode ser considerada como o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. È uma noção que cada um possui e visa alcançar critérios para a solução de casos, harmônica e equilibradamente, sobre uma base racional e ética, respeitando a dignidade do ser humano, disciplinando as relações das pessoas entre si e delas com o Estado.

### **Referências:**

---

<sup>19</sup> *Liberalismo e democracia*, p. 39.

---

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*.

\_\_\_\_\_. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed, Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

COSTA, José Manuel M Cardoso da. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas*. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DALARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELPÉRÉE, Francis. *O direito à dignidade humana*. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*, São Paulo: Martin Claret, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2006.

\_\_\_\_\_. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito*, in “Os grandes Filósofos do Direito”, org. Clarence Morris.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução José Lamego. 3ª e., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MATHIEU, Bertrand. *Reflexões sobre o papel dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica constitucional*. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23ª. e., São Paulo: RT, 1995.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito, São Paulo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLATÃO, *A República*, Pará: UFPA, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- \_\_\_\_\_ e outros. *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona: Ariel, 1988.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4a e., São Paulo: Saraiva, 1988.  
\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*, 2a. Edição, Campinas: Russell, 2009.
- \_\_\_\_\_. *História do Direito*, Charlesrton-EUA:CreateSpace, 2011
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2<sup>a</sup>. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23a e., São Paulo: Malheiros, 2004.
- WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 79, 1997.

---

**DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL:  
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

*Claudemir Battalini*<sup>1</sup>

**Resumo**

A Dignidade da Pessoa Humana como norma escrita e princípio fundamental da Constituição Federal está ligada ao Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e aos demais direitos fundamentais, implicando na necessidade de proteção do planeta e respeito às normas ambientais como garantia da vida e demais necessidades e direitos humanos.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Direito Ambiental. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais.

**Abstract**

The Human Dignity as fundamental rules written and principle of the Constitution is on the Right to an Ecologically Environment Balanced and other fundamental rights, implying the need to protect the planet and respect for environmental standards as a guarantee of life and other needs and rights humans.

**Keywords:** Dignity of human person. Right to an Ecologically Balanced Environment. Environmental Law. Constitutional principles. Fundamental rights.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito e Especialista em Direito Ambiental, ambos pelo Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), professor do UniAnchieta nas disciplinas de Direito Ambiental e Direito do Consumidor, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, com atribuições nas áreas de Meio Ambiente, Urbanismo, Registros Públicos e Cível. ([battalini@gmail.com](mailto:battalini@gmail.com)).

## **Introdução**

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da nossa República, que se constitui como um Estado Democrático de Direito, que por sua vez assegura a proteção a outros valores fundamentais, entre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nosso ordenamento jurídico, a começar da Carta Magna, possui um vigoroso conjunto de regras para a proteção de diversos direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, entre outros. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por sua vez, assegura a efetividade desses direitos fundamentais.

Esse entrelaçamento de normas e princípios garante a proteção aos diferentes e necessários direitos fundamentais, podendo-se concluir que o capítulo da Constituição Federal reservado ao meio ambiente é também de natureza fundamental, essencial para garantia da Dignidade da Pessoa Humana, constituindo-se, portanto, em cláusula pétrea, que não pode ser alterada pelo legislador ordinário, pelo método derivado, ou seja, não aceita alteração por Emendas à Constituição.

### **1. Dignidade da pessoa humana**

A Dignidade da Pessoa Humana como princípio jurídico positivado, inserido na Constituição Federal, vem sendo, cada vez mais, objeto de análise, reflexão, bem como nos momentos de aplicação do Direito pelo Judiciário, como forma de atingir-se o ideal de Justiça.

Isso porque tal princípio é colocado como fundamento da própria República. Vale reforçar que o vocábulo república etimologicamente significa “coisa pública”, ou seja, pertence a todos os brasileiros e visa alcançar o “bem comum”. E a República é

também um Estado Democrático de Direito, a reforçar a urgência no respeito à pessoa humana e sua dignidade.

Por isso vale transcrever o artigo inaugural do nosso Texto Maior:

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.<sup>2</sup>

É necessária a compreensão do que significa Dignidade da Pessoa Humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, inspirou nossa Carta Republicana, servindo seu preâmbulo para fins de compreender a extensão e significado da Dignidade da Pessoa Humana:

Considerando que o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na **dignidade** e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...] <sup>3</sup>

Ainda, essa mesma Declaração Universal contém dispositivos importantes para compreensão do tema:

Artigo 1. Todas os seres humanos nascem livres e iguais em **dignidade** e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

...

Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua **dignidade** e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 23.

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a **dignidade humana**, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. <sup>4</sup>

Vários autores tem se dedicado ao estudo da Dignidade da Pessoa Humana e reconhecendo a dificuldade numa definição única e precisa, mas apresentando contribuições valiosas para melhor compreensão.

Nesse sentido vale reproduzir definição muito útil ao tema proposto, ligado também a aspectos do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao referir-se ao

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução 217 A (III), 1948, Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 27.04.16.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

respeito aos demais seres que “integram a rede da vida” e necessidade de “condições existenciais mínimas para uma vida saudável”:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>5</sup>

## 2. Direitos fundamentais

A Dignidade da Pessoa Humana está ligada aos direitos fundamentais, individuais e sociais, estabelecidos na Constituição Federal, bem como ao Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, necessário para a proteção a uma existência (vida) digna.

O art. 5º da Carta Republicana inicia o Título II com a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, trata de estabelecer a igualdade de todos perante a lei, sem distinções, com garantia da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>6</sup>. Sem tais direitos não é possível garantir dignidade.

Para garantia da dignidade há que se respeitar também o que se denominou como “piso vital mínimo”, constituído pelo Capítulo II, “Dos Direitos Sociais” (art. 6º da Constituição Federal):

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, *apud* LOBO, Saulo Maurício Silva. *Dignidade da Pessoa Humana em seus Aspectos Históricos, Filosóficos e Jurídicos: Que Contribuição esse Princípio oferece à Concretização do Ideal de Justiça?* in REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEAFF-ESMP, ano 4, nº 8, julho-dezembro-2015, pág. 22.

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.<sup>7</sup>

Tamanha a importância dos direitos e garantias fundamentais, que a Constituição Federal a elevou à categoria de cláusula pétrea, impedindo a reforma de seus dispositivos, nos termos do art. 60, § 4º:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - **os direitos e garantias individuais.**<sup>8</sup>

Assim o Estado Democrático de Direito deve promover o respeito aos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, o que implicará em vida com qualidade, com respeito à Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República.

### **3. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e para garantir a dignidade da pessoa humana.**

O art. 225 de nossa Carta Magna é considerado como um dos textos mais evoluídos do mundo em termos de proteção ao meio ambiente, valendo transcrição do *caput*:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e **essencial à sadia qualidade de vida**, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações.<sup>9</sup>

Além desse dispositivo, os parágrafos do art. 225 e outras disposições constitucionais, procuram assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> *Ibidem.*

equilibrado, ligado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais.

Das normas de proteção ao meio ambiente, em especial as contidas na própria Constituição Federal, são extraídos princípios, que são as vigas mestras do nosso ordenamento jurídico, que auxiliam na interpretação das demais normas a favor do equilíbrio ambiental, necessário à sadia qualidade de vida.

Dentre esses princípios, está do que assegura o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, como direito fundamental da pessoa humana.

O art. 225, da Constituição Federal, como visto, dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é “essencial à sadia qualidade de vida”. É tratado como direito fundamental de terceira geração.

Sem o meio ambiente equilibrado não há vida. A dignidade humana depende desse equilíbrio ambiental.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 (Estocolmo), estabeleceu que (1º princípio):

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio ambiente cuja qualidade lhe permita levar uma **vida digna** e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.<sup>10</sup>

Esse princípio foi reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (1º princípio):

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma **vida saudável** e produtiva, em harmonia com a natureza.<sup>11</sup>

Foi, ainda, novamente reconhecido pela *Carta da Terra* de 1997, resultado do evento denominado “Fórum Rio + 5”, (4º princípio):

<sup>10</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 259.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Estabelecer justiça e defender sem discriminação o direito de todas as pessoas à vida, à liberdade e à segurança dentro de um ambiente adequado à saúde humana e ao bem-estar espiritual.<sup>12</sup>

Assim, o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado é princípio transcendental de todo ordenamento ambiental, servindo de orientação para a interpretação de todas as demais normas, e, como visto, por tais motivos, ligado aos direitos fundamentais, constituindo cláusula pétrea.

Mesmo ao tratar da ordem econômica, o art. 170 do Texto Maior procura enfatizar que a propriedade não se concebe mais como outrora, mas deve respeito à função ambiental e social.

A função sócio-ambiental que envolve a propriedade é garantia para obtenção desse bem estar de todos, passando por condições que envolvem aspectos relacionados à saúde, vida e dignidade humana.

A propósito, a jurisprudência pátria tem ressaltado a importância da função social e ambiental da propriedade, como garantia a uma vida com dignidade, para as presentes e futuras gerações:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – DEGRADAÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - SERRA DO MAR – ADUZIDO - ALEGADA VULNERAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA - INADMISSIBILIDADE - PROPRIEDADE QUE DETÉM UMA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL OBRIGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO QUE É PROPTER REM - INCIDÊNCIA DA NORMATIVIDADE DE REGÊNCIA EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL QUE FOI ALÇADO À CONDIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL E CONTEÚDO INATO DO DIREITO À VIDA – APELO DESPROVIDO.**<sup>13</sup>

No inteiro teor do mencionado acórdão, lavrado por sua Excelência Doutor José Renato Nalini<sup>14</sup>, encontramos brilhante lição quanto ao elo indissociável e dever

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 990.10.278625-0, da Comarca de Itanhaém, voto nº 17.456, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, relator Desembargador José Renato Nalini, v.u. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 27.04.16.

<sup>14</sup> Dr. José Renato Nalini é jundiaense, de notável saber jurídico, com extenso curriculum e que ocupou até recentemente a Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

inescusável na proteção do meio ambiente para garantia da Dignidade da Pessoa Humana, referindo-se o trecho abaixo ao art. 225 da Constituição Federal:

Tal artigo agregou ao conteúdo da **dignidade da pessoa humana** a proteção ao meio ambiente e sua respectiva caracterização como tarefa ou fim de caráter imperioso. Na leitura de J. J. Gomes Canotilho: *"No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucionalmente consagrado implica a existência de autênticos deveres Jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) devem ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem!"* (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 181).<sup>15</sup>

A proteção ambiental ligada à Dignidade da Pessoa Humana está presente também na legislação ordinária, como é o caso do art. 2º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, antes mesmo da previsão constitucional:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e **à proteção da dignidade da vida humana**, atendidos os seguintes princípios:<sup>16</sup>

O respeito aos direitos humanos passa primeiro pela proteção do meio ambiente, de todos os recursos naturais, dos ecossistemas. Há que se difundir a cultura do cuidado entre os seres humanos e também para com a "Casa Comum", da hospitalidade com todos os seres:

O pacto social deve incluir em sua constituição o pacto natural. Cidadãos não são apenas os humanos, mas também os animais, as árvores, os pássaros, as paisagens, os rios, as montanhas e os ecossistemas. Que seria uma cidade se não possuísse sua mancha verde, seus rios preservados, sua atmosfera limpa, seus animais

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei Federal 6938/81*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1981.

---

protegidos, suas paisagens cuidadas e suas montanhas mantidas? Não seria uma cidade humana.<sup>17</sup>

### **Conclusão**

Para a garantia de uma vida digna, com plenitude, com respeito mútuo entre os seres humanos e também com respeito aos demais seres vivos e com o próprio planeta, há que respeitar o meio ambiente.

Para tanto, o Estado Democrático de Direito nos ordena respeito integral ao ser humano, garantindo-se o respeito primordial à sua dignidade, que é só possível com a efetiva garantia do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, base, sustentação para toda a vida, saúde e demais aspectos relevantes para que se alcance o bem comum, a felicidade de todos.

Portanto, a proteção do homem, da sua dignidade, passa pela proteção do seu ambiente, que também é direito fundamental. A proteção deve envolver todos os seres bióticos e abióticos, do equilíbrio do planeta, de condições adequadas de sobrevivência, de clima adequado, de proteção dos recursos hídricos (água), da atmosfera (ar), do solo, da fauna, da flora, etc.

Essa percepção é fundamental para que o ser humano passe a respeitar, como deveria, o meio que o circunda e de onde retira todos os elementos necessários à sua vida com qualidade e dignidade, evitando colocar em risco os atributos que garantem a existência no planeta.

---

<sup>17</sup> BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro Mundo Possível. Volume I - Hospitalidade: Direitos & Deveres de todos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 158.

---

## EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL

*Ricardo Rodrigues Gama*<sup>1</sup>

### Introdução

A indenização expressa uma ideia de recomposição da situação anterior a ocorrência lesiva, uma vez que emerge o dever de desfazer a desvantagem sofrida no plano material ou mesmo na esfera não-patrimonial<sup>2</sup>. Deveras, emergem aqui três possibilidades, quais sejam a de restabelecer o estado anterior (*status quo ante*), a compensação o prejuízo sofrido diante da impossibilidade de restaurar o bem lesado e, por fim, a indenização frente à inexistência de perda patrimonial (é o caso do dano moral).

Após a prática do ato ilícito, as consequências convertem-se em indenização daquele que sofreu prejuízo. Frise-se a exigência do ato gerador do dever de indenizar no antecedente. Primeiramente, verifica-se a existência de ato ilícito consumado e, a partir daí, abre-se a possibilidade de ressarcimento com as condições reparadoras do transgressor.

A ilicitude do ato pode ser afastada por determinação da própria norma e é isso que se dá com os atos justificados pela legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal<sup>3</sup>. Ao admitir que o ato desenvolvido sob o manto da excludente não vaza para a ilicitude, afasta-se a possibilidade de indenização e o afastamento da responsabilidade civil apresenta-se como inevitável. Sob outra ótica, as justificadoras mantêm somente a aparência de ilícito do ato praticado<sup>4</sup> e a colisão de interesses pende para o direito que estiver

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP, Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela UNIMEP de Piracicaba-SP, Professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) de Jundiaí-SP, advogado e membro da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas.

<sup>2</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, V. 22, p. 181.

<sup>3</sup> Remessa de informações por autoridade judicial ao ministério público. Ausência de ato ilícito. Ato praticado em cumprimento de exercício de direito e estrito cumprimento do dever legal. Dever de indenizar não caracterizado (TJRN - AC 2008.011144-8 - 2ª C.Cív. - DJ 27.01.2009).

<sup>4</sup> Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, p. 411.

abrigado pela excludente de ilicitude. Dada a dimensão considerável das causas de exclusão, encarregaremos-nos somente do exercício regular de direito no presente artigo a ser desenvolvido com vistas ao direito civil.

No plano jurídico, especificamente no tocante à legislação, como bem dispõe o art. 188, inc. I, do Código Civil, *não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido*. Frente à justificativa, vale dizer que o ato lesivo não se apresenta como ilícito por estar respaldado pela regularidade de um direito em exercício.

### 1. Ato Ilícito

Há predomínio das atividades humanas permitidas pelas regras jurídicas e, em contraposição, persistem alguns atos afrontados com a punição por serem prejudiciais a bens jurídicos alheios. Assim, há sobreposição considerável dos permissivos sobre as proibições, desenvolvendo a vida em sociedade com as relações conhecidas e outras a serem geradas com as novas versões do contato interpessoal.

As especificações de condutas contrárias aos ditames jurídicos expressam a ilicitude da atividade da pessoa frente ao exigido pelas regras de direito. No plano do direito civil, a precisão dos atos ilícitos não goza da precisão manifesta no direito penal e, até por conta da distância entre as punições, tal fenômeno torna-se aceitável. É que a infração penal decorre somente da descrição legislativa da conduta lesiva, enquanto o ilícito civil emerge como derivação das regras legisladas, principiológicas, consuetudinárias, jurisprudenciais e doutrinárias<sup>5</sup>. Deveras, os direitos são instituídos pelas regras jurídicas e o afronta a tais direitos constitui ato ilícito passível de indenização.

---

<sup>5</sup> No abuso de direito, o art. 187 do Código Civil de 2002 dispõe: *também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*. A pessoa até tinha direito, mas afrontou o direito do obrigado ao transpor os limites impostos por diversas regras, inclusas aqui as regras consuetudinárias. Mais expressivo é o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e, conforme seu texto, *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (vide art. 126 do CPC, art. 7º do CDC). No reconhecimento de direito, além dos meios de integração da norma (analogia, equidade e direito comparado), o juiz pode se valer das demais fontes do direito para suprir a deficiência do ordenamento legislativo, quais sejam os princípios, os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

Enquanto o direito penal traz os tipos penais com condutas hipotéticas facilmente enquadráveis em ocorrências, o direito civil opera com o critério da lesão de direito, difundida pela violação de direito e pelo ocasionamento de dano<sup>6</sup>. A descrição de conduta genérica encontra materialização no caso concreto no direito penal, persistindo uma quantidade infinita de possibilidades para o direito civil no desrespeito ao direito contemplado por todo o sistema jurídico vigente. No segundo plano, há ato ilícito quando a atividade desenvolvida cause dano e daí merecer reparação por meio de fatores conducentes à montante indenizatório. Esse prejuízo sofrido pode assumir o formato material ou moral. A lesão patrimonial implica em dano material; enquanto, no dano moral, dada a dimensão sentimental, ausenta-se o aspecto patrimonial no primeiro momento; depois, com fundamento no ideal de reparação, atribui-se valoração econômica ao dano não-patrimonial.

Ao exercitar o direito dentro da normalidade exigida para o caso, embora possa implicar em violação de direito e até mesmo gerar dano a outrem, a pessoa não comete ato ilícito; assim, deixa de constituir ato ilícito aquela conduta que é praticada no exercício regular de direito que retire a ilicitude da atividade desenvolvida. Noutros termos, mesmo que se dê a violação de direito e provoque dano a outrem, não se poderia admitir a ilicitude de ato que expressa o exercício de direito reconhecido por regra

---

<sup>6</sup> Como bem acentuou o douto professor José Luiz Gavião de Almeida em suas memoráveis aulas, é cediço que há uma mudança substancial promovida pelo emprego equivocado da partícula *e* no lugar de *ou*. Eis que o art. 159 do Código Civil de 1916 trazia a seguinte redação: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*. Equivocadamente, o art. 186 do Código Civil de 2002 dispõe que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*. No lugar da alternativa, aparece a combinação dos dois elementos para se obter a ilicitude do ato praticado. Além da precisão conceitual do art. 186 sobre o art. 159, acima referidos, admitindo-se os textos em seu conjunto, pode-se afirmar que a conjunção alternativa *ou* foi substituída pela conjunção aditiva *e*. Em interpretação textual rigorosa, a hipótese de alternância deu lugar a de adição, exigindo-se a violação de direito e o efetivo dano.

Alguns tribunais seguem julgando com base na interpretação do texto da lei civil em vigor, todavia, as confusões ainda persistem com a mescla dos textos. Assim, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, exegese dos arts. 186 e 927 do código civil* (TJMG - AC 1.0059.04.003430-4/001(1) - 11ª C.Civ. - Rel. Des. Afrânio Vilela - DJ 19.04.2007).

Na mesma linha, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região decidiu que, *segundo o art. 186 do CCB, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito passível de reparação* (TRT3ª R. - RO 01064-2008-104-03-00-0 - 5ª T. - Rel. Juiz José Murilo de Moraes - DJ 13.12.2008).

jurídica consagrada no ordenamento<sup>7</sup>. Talvez a atenção se concentre no direito exercido sem que isso revele a intenção de lesar o direito de outrem, ou ainda, a regularidade no exercício do direito reduza a importância do dano causado ao patrimônio, à pessoa ou ao seu sentimento. Mas, a verdade é que o exercício regular de direito retira a ilicitude do ato aparentemente contrário ao ordenamento jurídico.

## 2. Definição

O desmembramento das palavras combinadas no *exercício regular de um direito reconhecido* contribui com o melhor entendimento sobre o instituto sob análise. Primeiramente, o *exercício regular* afasta a possibilidade de extrapolamento do direito daquele que desenvolve a atividade e o fato de o *direito ser reconhecido* atesta a consciência da pessoa a respeito da condição especial que lhe permite lesar direito de outrem.

Objetivamente, o direito exercido não encontra fronteiras no direito civil e é daí que emerge a noção de que não importa a espécie de direito; extensivamente, comporta-se aqui todo direito subjetivo decorrente da legislação, dos princípios geradores de regras essenciais, dos costumes jurídicos, das pregações doutrinárias consagradas ou das decisões judiciais reiteradas. Emprega-se aqui a noção dos limites dos direitos, servindo como parâmetro o direito do outro; assim, o direito exercido não pode ultrapassar os limites impostos pelo direito de outrem. Emerge daqui a questão da parede de contenção de outro direito, ou seja, um porto seguro para o titular do direito reconhecer os limites de seu direito.

Na busca dessa fundamentação, o *exercício regular de direito* sustenta-se no princípio do interesse preponderante daquele que exercita seu direito. Tal assertiva não pode ser compreendida isoladamente e é daí que emerge a necessidade de revelar a verdadeira restrição incidente sobre o direito exercido. Em outros termos, valoriza-se sobremaneira o direito da pessoa conhecer sua condição de titular do direito e a expressa vontade de exercitá-lo<sup>8</sup>. Noutro extremo, para evitar o excesso na execução do direito,

<sup>7</sup> Aparecida Amarante, *Excludentes de Ilícitude Civil*, p. 65.

<sup>8</sup> Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1, p. 357.

mencione-se o princípio da dignidade da pessoa humana e que isso sirva de indicativo da proibição da ofensa à dignidade pessoal<sup>9</sup>. Deveras, apresentou-se uma barreira visível ao direito exercido.

Assim, na dificuldade em definir um instituto sem fronteiras no direito, pode-se dizer que o *exercício regular de direito* consiste numa justificativa reconhecida pelo direito para a atividade assimilada como ato ilícito em circunstâncias normais. Escora-se a lesão de direito no exercício de direito próprio, já que a norma permissiva afasta a ilicitude da conduta lesiva<sup>10</sup>. Por ser autorizado pela legislação, como bem prevê o art. 187, inc. I, do Código Civil, o ato que seria ilícito passa para o plano da licitude. Ao exercitar seu direito, a pessoa desenvolve ato que se torna lícito por ter uma causa justificadora.

### **3. Responsabilidade Civil e Penal**

Transposta a fase de atribuição da atuação lesiva a alguém, a nova fase consiste na vinculação da pessoa à punição. Seja ela civil ou penal, a responsabilidade está diretamente ligada aos efeitos das obrigações e, com é cediço, a quem for imputada a conduta recai o dever de suportar a punição penal ou de responder patrimonialmente. Para fazer frente à prática ilícita, a pessoa vincula-se as consequências jurídicas do ato qualificado como confrontante com o direito alheio.

### **4. Excludentes**

Em número de quatro, as excludentes de ilicitude habitam todos os desdobramentos do direito, quais sejam: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Todas as excludentes afastam a ilicitude do ato praticado e, com isso, não pode ser imposta qualquer punição ao titular do ato. Apesar de ser visível o fato de eximir o

---

<sup>9</sup> Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1, p. 357.

<sup>10</sup> Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, V. 1, t. 1, p. 319.

agressor da indenização, o destaque das causas excludentes de ilicitude está voltado para a inclusão do ato entre os casos de licitude.

## 5. Natureza

O exercício legítimo do direito posiciona-se no compartimento que trata da determinação das condutas a serem tomadas como lícitas ou ilícitas. Alguns comportamentos são classificados como lícitos, embora aparentem a ilicitude num primeiro momento. No plano jurídico, as condutas acobertadas pelas excludentes nascem lícitas a partir de sua prática. Para atestar a existência da excludente, há que se analisar o reconhecimento do direito exercido, como as atribuições do médico na execução de cirurgia, do pai na correção do filho, a prática esportiva violenta do boxe ou luta livre... Se há autorização jurídica para a prática do ato, a consumação do mesmo só vai confirmar sua licitude.

## 6. Fundamento

A ilicitude do direito civil deve alcançar outras esferas e não encontrar mandamentos de licitude para a conduta, uma vez que ela passará a ser considerada lícita nesse caso. Assim, reconhecida a licitude pelo direito administrativo ou processual, o direito civil não carrear a atividade para o campo da ilicitude.

Ao confrontar o ilícito civil com as demais regras da ordem jurídica, percebe-se que há enquadramento do ato na regra proibitiva, mas isso não basta para a regra permissiva do mesmo direito civil ou de outra área do direito. Apesar de o objeto de terceiro ser tutelado por regras jurídicas, a autorização jurídica para cometer o ato lesivo não passa do simples exercício de direito<sup>11</sup>.

Na harmonização do ordenamento jurídico, para acentuar a falta de real colisão entre as regras de diferentes ramificações, o exercício regular de direito funciona como meio estabilizador.

---

<sup>11</sup> José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, V. 2, pp. 177-8.

Com mais precisão, o fundamento dessa excludente está no brocardo latino que dispõe: *qui iure suo utitur neminem laedit*: quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém.

## 7. Elementos Constitutivos

Os elementos formadores do exercício regular de direito apresentam-se em número de quatro, vejamos cada um deles:

a) *direito atual*: ao tempo da prática do ato, a exigência do reconhecimento do direito por regra jurídica é inafastável; assim, o direito deve ser pré-existente a prática do ato lesivo. Complementa aqui a ideia de o direito subjetivo ser exercitável, legitimando a atuação lesiva que não constitui ato ilícito. Ao atuar, seja desprovido de direito ou contrariamente ao direito, logo se vê afastada a possibilidade de se encampar a atuação como fruto do exercício de direito;

b) *direito reconhecido*: o direito exercido provém de qualquer ramificação do direito, seja o direito civil, comercial, administrativo, tributário... Diante da aprovação da conduta pelo ordenamento jurídico, a norma permissiva funciona como um mecanismo de aprovação da conduta e, com isso, retira a ilicitude. Além disso, o titular deve ter o direito disponibilizado, ou seja, no ponto de ser exercido pela simples atuação. Desponta-se aqui o direito subjetivo lançado pela regra jurídica em prol do sujeito de direito e este se dispõe a exercitá-lo;

d) *consciência*: o titular do direito deve ter consciência do direito e do fato de o estar exercitando no momento em que ocorrem as colisões de direitos;

c) *exercício moderado*: o exercício do direito deve respeitar a intensidade determinada pela regra que o instituiu ou o regulamentou, respeitando evidentemente o excesso. Ao exercitar o direito, as justas proporções funcionam como controle para não transbordar para a ilicitude, trata-se do emprego dos meios necessários para exercitar o direito;

d) *objetivo*: o objetivo do titular do direito exercitado é satisfazer seus interesses. Com isso, afasta-se do abuso de direito pelo fato de não visar especificamente causar prejuízo a outrem<sup>12</sup>;

## 8. Características

As características estão todas ligadas ao modo de exercitar o direito em questão, daí ser exigida a ausência de culpa, a presença de interesse legítimo, o comprometimento moral do executor, a moderação na conduta e o atendimento ao ritual do direito.

Detalhadamente, vejamos as características com os devidos comentários:

a) *ausência de culpa*: a referência aqui é ao dolo e à culpa, não podendo qualquer deles se fazer presente no exercício regular de direito. Assim, ao propor uma ação judicial, a ausência culpa afasta a conduta da ilicitude, ainda que o juízo entenda inexistir os fundamentos alegados para a causa<sup>13</sup>;

b) *presença de interesse legítimo*: a legitimação do interesse deve ser avaliado diante do outro interesse em questão, daí o interesse da maioria sobrepor ao interesse individual;

c) *comprometimento moral*: o comprometimento moral afasta a má-fé do exercente do direito;

d) *moderação na conduta*: a cautela no exercício do direito evita a invasão de direito alheio;

e) *comportamento adequado*: a forma de proceder varia de um direito para outro e é com base na conduta do exercente do direito que se verifica a harmonia entre o direito exercido e o interesse alheio.

## 9. Limitações de Direito

<sup>12</sup> J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, V. 3, p. 347.

<sup>13</sup> TJBA - AC 812812005 - 2ª C. Cív. - J. 12.05.2005.

No exercício do direito, tomando por base as limitações existentes, discute-se o excesso como conversor da situação de exclusão para o campo da ilicitude. Assim, quais são os limites da intervenção cirúrgica, a barreira de contenção da violência nos esportes agressivos, o extremo do ato corretivo... A proporcionalidade aqui deve ser bem debatida para evitar que algumas situações sejam tomadas como normais, quando expressam casos de atuações desmedidas. Ao transpor os limites permitidos, o ato transpõe a barreira da licitude e assume o formato ilícito com base no excesso ou desvio.

### **10. Abuso de Direito**

O direito a ser exercido pode ter diversas origens e o seu exercício deve ser nos limites que evitem a atividade abusiva e não alcancem interesses ilegítimos.

É que a linha que separa o exercício regular de direito do abuso de direito conta com espessura inexpressiva<sup>14</sup>, ou seja, ao exercitar seu direito, a pessoa choca-se com direito alheio e do combate emerge a invasão de direito que estava obrigado a respeitar.

Na tentativa de estabelecer reais confinamentos para o exercício pleno do direito, as fronteiras podem ser rompidas e os direitos alheios serem afrontados com comportamentos inapropriados para o titular do direito. Por outro lado, há conflito de interesses primeiramente no exercício regular do direito, passando depois para o confronto de direitos no abuso.

Ao transpor as barreiras imposta pela dignidade da pessoa humana, o exercício do direito deixa de ser regular e assume a natureza de abuso de direito. Abertamente, deixa de ter proteção jurídica o exercício de direito que passe a caracterizar o abuso. Sob outro aspecto, a concentração do exercício de direito na lesão de direito alheio afasta a licitude do ato.

Visando evitar o desconforto da instabilidade dos limites do abuso de direito decorrente de exercício regular de direito, alguns entendem que devem se fazer presentes os requisitos do ato ilícitos. Ao averiguar denúncia imputada ao autor, a empregadora passa ao exercício regular de um direito e isso afasta eventual ilicitude do

---

<sup>14</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, p. 316.

ato<sup>15</sup>. Por outro lado, a caracterização do abuso de direito ficaria atrelado à presença dos requisitos do ato ilícito, quais sejam a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano.

### Referências:

AMARANTE, Aparecida. *Excludente de Ilicitude Civil: Legítima Defesa, Exercício Regular de um Direito Reconhecido, Estado de Necessidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira, Campinas: Russell, 2003.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Max Limonad, 1968.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

---

<sup>15</sup> TRT13ª R. - Proc. 00326.2008.004.13.00-7 - DJ 09.09.2008.