

ORGANIZADORES

José Herval Sampaio Junior

Lauro Gurgel de Brito

Marcus Tullius Leite Fernandes dos Santos

Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira

# COLETÂNEA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS



COLETÂNEA DE  
**DIREITOS HUMANOS**  
E FUNDAMENTAIS



**Reitor**

Prof. Pedro Fernandes Ribeiro Neto

**Vice-Reitor**

Prof. Aldo Gondim Fernandes

**Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação**

Prof. João Maria Soares

**Comissão Editorial do Programa Edições UERN:**

Prof. João Maria Soares

Profª. Anairam de Medeiros e Silva (**Editora Chefe**)

Prof. Eduardo José Guerra Seabra

Prof. Humberto Jefferson de Medeiros

Prof. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior

Profª. Lúcia Helena Medeiros da Cunha Tavares

Prof. Bergson da Cunha Rodrigues

**Assessoria Técnica:**

Daniel Abrantes Sales

## **Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Coletânea de direitos humanos e fundamentais. / Lauro Gurgel de Brito et al (orgs.). - Mossoró(RN): Edições UERN, 2016.

308 p.

ISBN: 978-85-7621-143-3

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Direitos Fundamentais.  
I. Brito, Lauro Gurgel de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/BC

CDD 340

## PREFÁCIO

Na mitologia grega, *Kronos* era considerado um Deus do tempo. Filho de *Gea* (terra) e *Úrano* (céu) era o mais jovem da primeira geração de titãs.

*Kronos* assumiu o poder quando castrou seu pai Urano, com um violento golpe de foice. *Gea*, cansada das maldades e violências praticadas pelo marido, teria tramado sua queda ao incitar o filho mais jovem a mutilar o pai. A violenta ação de *Kronos* motivou a separação entre o céu e a terra. Os outros filhos de *Gea* e *Úrano* foram banidos e encaminhados ao Tártaro.

*Kronos* reinou por um período de prosperidade, mas contra ele, recaía uma profecia de que seria vencido por um filho. A história de *Kronos* inaugurou uma era de violência e de negação do tempo: ao enviar seus irmãos para o Tártaro, tomou o lugar de seu pai no trono e introduziu um reino sem partilha com seus ascendentes.

Após se casar com sua irmã *Reia*, *Kronos* teve os filhos *Deméter*, *Héstia*, *Poseidon*, *Hades*, *Hera* e *Zeus*. Assolado pela profecia de que perderia o poder para um de seus filhos, *Kronos* os devorou, ainda recém-nascidos. Para proteger o último filho, *Reia* enrolou um pano sobre uma pedra e enganou *Kronos*, que a comeu sem perceber. Protegido em uma caverna localizada na ilha grega de Creta, o filho *Zeus*, após chegar à idade adulta, liderou uma revolta e para se vingar, fez com que seu pai tomasse uma poção mágica que culminou no processo de regurgitamento de todos seus filhos. Enfim, *Zeus* destronou seu pai.

Este pequeno fragmento da mitologia grega despertou inúmeras metáforas sobre a relação entre tempo e direito. Uma das mais significativas foi produzida por François Ost, na obra *O tempo do Direito*<sup>1</sup>, ao apontar que *Kronos*, ao se colocar na posição de dono do tempo, acabou por bloquear suas saídas, tanto do lado do passado, como do futuro: “cortar os testículos de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; comer os próprios filhos é fazê-los regredir a uma posição uterina, é privar desta feita o futuro de qualquer desenvolvimento... o tempo do tirano esgota-se num presente estéril, sem memória nem projeto” (OST, 2005, p. 10).

Tanto no modelo de *Úrano* quanto no de *Kronos*, a manutenção de um tempo de violência se manteve. Nesse sentido, podemos vislumbrar um tempo que se suspende pelas mesmas práticas arbitrárias que o caracterizava, projetando também um tempo privado de perspectivas, que pode ser compreendido como um passado que não passa, preso à constante repetição.

Na história da humanidade, em cada processo de transformação e estabilização das sociedades, a relação entre tempo e direito possuem um peso significativo, principalmente quando da interação dos dois, oportuniza-se reflexões para uma melhor composição entre passado, presente e futuro.

Tempos de violência se impuseram com força surpreende, mas nunca foram capazes de destruir completamente as reações de não aceitação daquele tempo em sua respectiva atualidade. As graves violações aos direitos

---

<sup>1</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

humanos no período entre guerras podem ser bem representativas desse contexto.

As reações ao tempo de violência se consolidaram a partir de uma contribuição específica do Direito, principalmente por exprimir um sentido e um valor da vida em sociedade. Por mais que essas ações almejassem assumir uma perspectiva universalizante, a linguagem dos direitos humanos não se naturalizou em todos os lugares e novas iniciativas se tornaram indispensáveis para a efetivação desses direitos.

Se o pós segunda guerra marcou a primeira guinada à favor dos direitos humanos em vários locais do mundo, no Brasil, entre 1964 e 1985, viveu-se o período de revés. A legalidade autoritária que se impôs sobre as estruturas constitucionais realojou a promoção dos direitos humanos a um plano sem efetividade. Violações marcantes como o Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, suprimiram grande parcela dos direitos e garantias fundamentais, que por muito tempo, bloqueou saídas, tanto para passado quanto para o futuro.

No entanto, os últimos anos foram marcados por importantes diálogos sobre direitos humanos. Mas esses diálogos não deixam de refletir aquele tempo suspenso produzido pelas práticas autoritárias da ditadura militar brasileira. A ausência de uma justiça de transição capaz de dialogar com o direito à verdade e à memória, punição aos violadores de direitos humanos e força normativa apropriada para reformar as instituições para a democracia, demonstra a fragilidade de uma cultura de violação aos direitos humanos, mas que ao mesmo tempo, reforça a predisposição de pesquisadores, membros da sociedade civil e até mesmo em alguns setores dos poderes

legislativo, executivo e judiciário em produzir uma nova narrativa e práticas efetivas em direitos humanos.

Talvez um dos primeiros pontos de destaque desse processo dialógico possa ser compreendido a partir dos novos “locais de fala” que se concretizaram a partir da Constituição de 1988. Diferentemente de outros movimentos, os usos conceituais e estratégicos dos direitos humanos não foram concentrados apenas a partir das esferas institucionais do espaço estatal. A gramática dos direitos humanos foi apropriada por segmentos da sociedade civil e romperam barreiras, contribuindo significativamente para uma ampliação reflexiva sobre os limites e possibilidades dos direitos humanos.

A ditadura militar criou uma fissura na tessitura social brasileira que impactou diretamente na forma como os direitos fundamentais se compuseram na transição para a democracia. A manutenção de práticas autoritárias, mesmo após a redemocratização, marcava aquela geração pela tentativa de emplacar um tempo estéril, incapaz de produzir memória e projeto para um futuro. Desde então, essa é uma tensão que tem marcado os dias atuais.

As respostas presentes no texto da Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, refletem um longo processo de maturação dos problemas que marcavam aquela época. Naquele período, o histórico de violações aos direitos civis e políticos, aliados às torturas, prisões arbitrárias e limites à concretização da dignidade humana fora naturalizado pelo Estado de exceção militar. No entanto, se for possível cotejar as respostas atuais que a comunidade política oferece aos problemas contemporâneos com aqueles preceitos

constitucionais estabelecidos na década de 1980, a relação entre tempo e direito passa a ser um ponto fulcral para a análise. Tempo, geração. O que pode-se destacar desses fenômenos se não a constatação de seu caráter passageiro? O tempo de 1988 e o tempo de 2016 demonstram dois momentos constitucionais específicos, principalmente porque os componentes principiológicos da Constituição de 1988 permite, até hoje, que cada geração possa esboçar sua compreensão sobre Direitos Humanos.

Essa tensão temporal aponta para um problema sociológico das gerações, onde nem sempre é possível encontrar coesão de pensamento entre elas. Mas a categoria geração não pode ser utilizada, nesse contexto, dentro de uma perspectiva cronológica, mas sim como uma experiência no tempo que se organiza politicamente.

O livro em referência se insere neste exato contexto: a produção de novas interpretações sobre os direitos humanos e o impacto dessas ações em uma narrativa geracional própria. A Constituição de 1988 deixou aberturas, opções para diálogos intergeracionais, possibilidades de definições de fronteiras entre gerações, que podem alterá-las, e permitir um verdadeiro encontro de horizonte de gerações.

Os artigos que compõem essa obra são fruto de diálogos geracionais que incorporam complexidades para promover a integridade do Direito como possibilidade de realização da justiça em cada desdobramento da vida. Organizado em 12 capítulos, os estudos apresentam expectativas que margeiam temas como democracia, constituição, proteção internacional dos direitos humanos, direito penal, judicialização da política e seus

desdobramentos orçamentários, direito do trabalho, relação homoafetiva e cotas raciais.

Esses temas, de fato, são produto desta geração, mas revelam a potencialidade de experiências de um mesmo grupo que podem vir à tona para gerar uma identidade constitucional. A conexão geracional produzida pelos pesquisadores coloca em destaque esse caráter dinâmico e aberto proporcionado pela Constituição.

Refletir sobre o tema Direitos Humanos e Constituição é instigante. Aqui, necessariamente, sempre haverá um conflito de pensamento, pois decorre não apenas de uma vivência teórica, mas também de muitos abusos, violações e debilidades reais, incorporados nos últimos vinte e oito anos de existência da Constituição Federal de 1988, um marco significativo para uma cultura de paz, referendada pela opção aos direitos humanos.

Movimentos sociais, organizações não governamentais, mídia, Estado, todos, sem exceção, têm projetado e fomentado discursos em torno do que seria ou o que deveria ser direitos humanos. A pluralidade de opções favorece o aprofundamento do debate, principalmente, quando o passado representado pela ditadura militar, compele grande parte da população a vivenciar seu legado autoritário. Isto significa, não por acaso, que a doutrina dos direitos humanos pode, facilmente, ser acolhida ou rejeitada.

Ao vincular o futuro, uma Constituição deve ser sempre aberta a novas contingências produzidas no curso de seu desenvolvimento histórico. Não se pode, na verdade, pensar uma Constituição apenas na categoria produzida pelo Estado-Nação. Com a globalização, o poder político e jurídico deve habilitar

novos eixos interpretativos da atualidade, a fim de que possibilite a reconstrução da identidade do sujeito constitucional global sempre na categoria de uma democracia que está a surgir, revisitando suas promessas: a de promover o convívio pacífico entre as facções, evitando o convívio autodestrutivo.

Nesta coletânea de artigos, parte deste trabalho foi construído. Se na mitologia grega de *Kronos*, a ideia de um tempo suspenso, privado de expectativas, impossibilitava o passado e o futuro, as interpretações produzidas pelos autores desta obra convidam seus leitores para um novo desafio: ao refletirem sobre os limites e as possibilidades dos direitos humanos no século XXI, permitem uma reconexão entre passado, presente e futuro.

Prof. Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral  
Universidade Federal Rural do Semi-Árido, UFRSA

## APRESENTAÇÃO

Este trabalho científico é produto de vigorosos estudos acadêmicos em Direitos Humanos, oriundos do esmero profissional de professores e alunos da pós-graduação em Direitos Humanos, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, dedicados preponderantemente ao ensino, pesquisa e as atividades de extensão do Curso de Direito. Todos que participaram dessa coletânea de textos têm como particularidade geral o fato de terem se dedicado a carreira de Direitos Humanos, seja como advogado liberal, assessor jurídico de organização não governamental, juiz, servidor público, pesquisador, docente, enfim, como ativistas produtores de efetividade do Direito. A escolha dos temas e a maneira de tratá-los revela um universo bastante abrangente de temáticas, o que faz com que a presente obra sirva de referencial para pesquisas futuras, inclusive, pelo aspecto inovador dos assuntos e a retidão das abordagens quanto aos objetivos propostos, a problematização, a metodologia, os referenciais teóricos e as conclusões que propõem um novo olhar sobre os Direitos Humanos, mais concretista e sistemático. Cada autor teve liberdade científica para escolher e trabalhar o tema, com vertentes teóricas adequadas, demonstrando uma contribuição exclusiva para os Direitos Humanos, alguns com certo ineditismo. Não faltaram análises globalizantes, a interpretação dos documentos internacionais, a interdisciplinaridade e as discussões interculturais. O livro caminha na orientação moderna dos trabalhos acadêmicos e científicos de priorizar as publicações

coletivas, justamente por ter como fio condutor a diversidade de abordagens teóricas e, por permitir, um maior aprofundamento nos temas, do que uma avaliação simplesmente generalista e individual de um autor, sobre temática específica com projeção pessoal. Portanto, é um trabalho aberto, construído por várias mentes orientadas por paixão pelo estudo e escrita científica, conduzidas por vários tons e matizes, tendo como fio condutor a renovação do pensamento do Direito, numa perspectiva crítica e construtivista, a partir de um elo de proteção dos Direitos Humanos. A obra está dividida em 12 (doze) capítulos tratando especificamente sobre: participação democrática como instrumento de proteção dos direitos humanos; a jurisprudência da corte interamericana e a liberdade de expressão: precedentes para o Brasil; as garantias fundamentais como instrumento social de concretização dos direitos: liberdade de expressão e direito de personalidade; os princípios constitucionais penais e a prisão preventiva sob à luz do modelo garantista; Direito Penal do inimigo em cotejo com os direitos humanos; a judicialização da política como garantia dos direitos fundamentais sociais; a judicialização do direito à saúde; o controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias: necessidade de (re)leitura pela efetivação dos direitos sociais; flexibilização trabalhista: um olhar crítico; assédio moral nas relações de trabalho; o direito sucessório nas relações homoafetivas; cotas raciais versus cotas sociais para o ingresso em universidades. O nosso objetivo é que a presente obra ultrapasse as barreiras físicas e os intramuros universitários, para servir de fonte de pesquisa em Direitos Humanos pelos mais variados profissionais da área, se tornando um referencial na temática. Este livro

certamente preencherá espaços deixados por eruditos, pensadores, gênios e iluminadores, simplesmente por sua singeleza que será provada por discípulos que prezam por valores como Justiça, Paz, Dignidade da Pessoa Humana, Solidariedade, Comunitarismo e Democracia. Sigam o próximo passo: à leitura!



## SUMÁRIO

<b>PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>17</b>
<i>Andréa Maria Pedrosa Silva Jales</i>	
<b>A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRECEDENTES PARA O BRASIL</b>	<b>33</b>
<i>Rosimeiry Florêncio de Queiroz Rodrigues e Veruska Sayonara de Góis</i>	
<b>AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTO SOCIAL DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO DE PERSONALIDADE</b>	<b>57</b>
<i>Humberto Henrique Costa Fernandes do Rego e Kildare de Medeiros Gomes Holanda</i>	
<b>OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E A PRISÃO PREVENTIVA SOB À LUZ DO MODELO GARANTISTA</b>	<b>81</b>
<i>Micael Nicolás Henderson Rodrigues e Moura</i>	
<b>DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COTEJO COM OS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>105</b>
<i>Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira</i>	
<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b>	<b>125</b>
<i>Ana Mônica Anselmo de Amorim</i>	

<b>A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b>	<b>147</b>
<i>Lívia Pinheiro Soares</i>	
<b>O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: NECESSIDADE DE (RE)LEITURA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	<b>165</b>
<i>Caio Ramon Guimarães Oliveira e Lauro Gurgel de Brito</i>	
<b>FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: UM OLHAR CRÍTICO</b>	<b>219</b>
<i>Diego David Reges de Sousa</i>	
<b>ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO</b>	<b>233</b>
<i>Georgia Holanda</i>	
<b>O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS</b>	<b>261</b>
<i>Edmar Eduardo de Moura Vieira e Luiz André Veríssimo Pontes</i>	
<b>COTAS RACIAIS VERSUS COTAS SOCIAIS PARA O INGRESSO EM UNIVERSIDADES</b>	<b>281</b>
<i>Clédna Dantas de Lucena e Paula Mayara Firmino Cardoso de Araújo</i>	

# PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: instrumento de proteção dos direitos humanos.

Andréa Maria Pedrosa Silva Jales<sup>1</sup>

**RESUMO:** O Estado Democrático de Direito tem como dever concretizar os seus elementos estruturantes: democracia e direitos fundamentais. A crise de legitimação da lei formal gerou um déficit de legitimidade na atual democracia representativa que está sendo corrigido com uma nova interpretação jurídico-constitucional e com maior participação democrática na tomada de decisões políticas. Este artigo busca demonstrar a relevância da participação democrática como instrumento de controle e de proteção dos direitos humanos, evidenciando que na atualidade os meios de informática, redes sociais, são uma forma eficaz e eficiente de concretizar a democracia e dá efetividade aos direitos humanos.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos; Democracia Participativa; Administração Pública; Redes Sociais.

**ABSTRACT:** The democratic rule of law is achieving its duty as structuring elements: democracy and fundamental rights. The crisis of legitimacy of formal law created a legitimacy deficit in the current representative democracy that is being corrected with a new legal and constitutional interpretation and greater democratic participation in political decision-making. This article seeks to demonstrate the importance of democratic participation as an instrument of control and protection of human rights, showing that nowadays the means of computing, social networks are an effective and efficient way to achieve democracy and human rights gives effectiveness.

---

<sup>1</sup>Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, especialista em Direitos Fundamentais e Tutela coletiva - FESMPRN/UNP, e mestranda em Direito e Garantias Constitucionais pela UFRN. Telefone: (84) 87173921. Email: [andreapedrosa@uol.com.br](mailto:andreapedrosa@uol.com.br)

**Key Words:** Human Rights; Participative Democracy; Public Administration; Social Networks.

## 1. INTRODUÇÃO

Os temas referentes à crise de legitimação da lei formal como meio de representação da vontade popular e uma maior participação democrática na tomada de decisões, encontram-se bastante discutidos nos dias de hoje.

A democracia participativa é o mais aberto e legítimo modelo de democracia, visto que combina a autoridade dos tribunais constitucionais com a autoridade da cidadania, ou seja, o contraponto ao déficit de legitimidade da atual democracia representativa.

A sociedade contemporânea é plural e multifacetada, os direitos fundamentais ultrapassaram as fronteiras nacionais, desse modo a proteção destes direitos não pode ficar a cargo, apenas, da ordem estatal.

Há uma simbiose entre direitos humanos e democracia, visto que no processo de democratização de um país há ratificação dos principais tratados de direitos humanos.

No Brasil, não foi diferente, sendo a Constituição Federal de 1988 um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos, dando ênfase à primazia dos direitos fundamentais e amplo grau de legitimidade, uma ampliação de direitos e de sua titularidade.

Segundo BONAVIDES (2008), a democracia participativa é um direito de quarta dimensão do cidadão para o gênero

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

humano. A democracia direta é de extrema perfeição, de legitimidade absoluta, do povo governante de si e do povo no mundo virtual.

Estes amparam a legitimidade do ordenamento constitucional, cujo o fim já não é apenas, aquela segurança, de todo formal, senão também a justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária; portanto, a justiça incorporada de todas as gerações de direitos fundamentais; da primeira à segunda, da segunda à terceira e desta a quarta, passando pelos direitos civis e políticos, pelos direitos sociais, pelo direito dos povos ao desenvolvimento, até alcançar, com a democracia participativa, onde tem sede os direitos da quarta geração – sobretudo o direito a democracia – um paradigma de juridicidade compendiado na dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, 2008, p. 28).

## **2. O NOVO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO**

Desta feita, o novo regime jurídico-constitucional administrativo, além de exigir o respeito aos direitos humanos, deve proporcionar meios de participação popular para a democratização da atuação administrativa.

No Estado de Direito, a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, submete-se a juridicidade porque deve respeito à lei e à

**Participação Democrática: instrumento de proteção dos direitos humanos**

Constituição, por isso a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada.

A juridicidade é apresentada como um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita, vinculando a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento constitucional.

O direito administrativo passou a ter um duplo papel no Estado Democrático de Direito, na efetivação dos direitos fundamentais e da democracia, valores supremos e indispensáveis para se construir uma sociedade livre, justa e solidária, regida por um direito participativo, pluralista e aberto.

E para concretizar um direito participativo, pluralista e aberto, temos que partir de ideias como as de Peter Häberle, pela qual deve predominar a concepção ampliativa do quadro de intérpretes da Constituição, além dos órgãos de Estado, também os cidadãos, os grupos sociais e a opinião pública que integram a chamada sociedade aberta dos intérpretes.

Nesse sentido, demonstra PAULO BONAVIDES (2009) que outro ponto fundamental dentro dessa teoria é a democracia, visto que Peter Häberle entende que a democracia não deve estar presente apenas quando é elaborada a lei, mas deve estar presente também em um momento posterior, depois que a lei é feita, ou seja, é a democratização da interpretação.

A Constituição, pondera Häberle, é a sociedade mesma “constituída” ou a ordenação fundamental do Estado e da sociedade. A interpretação da Constituição é “processo” aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade. A interpretação da Constituição nessa acepção lata é realmente “interpretação”, visto que serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. (BONAVIDES, 2009, p. 510)

A interpretação constitucional não deve se restringir apenas a um círculo fechado de intérpretes, deve haver o alargamento do círculo de intérpretes, incluindo os cidadãos e outros organismos, como forma de se efetivarem os direitos fundamentais e a democracia pluralista.

Nesse sentido, ARTUR CORTEZ (2008, p.292) afirma que “O déficit de legitimidade será tanto quanto reduzido quando o jurídico-constitucional assumir, pela força dos valores e direitos fundamentais, a afirmação da sociedade, assentando-se no juízo de ponderação, em critérios de razoabilidade”.

Ora, se no âmbito do Direito Administrativo, a participação popular na atuação administrativa é a forma de concretização do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal, é necessário implementar instrumentos

efetivos que viabilizem a participação do cidadão, conferindo uma legitimidade renovada à Administração.

### **3. PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

As disposições de formas de participação democrática, de acesso a dados e registros administrativos e a informações sobre atos do governo, ainda é incipiente para um Estado que se intitula democrático, o nosso ordenamento jurídico brasileiro dispõe algumas formas de participação popular, como a prevista no art. 37, inciso II §3º, Constituição Federal, que prevê a participação do usuário na Administração Pública, contudo falta regulamentação.

A seguir temos o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, que consagrou à participação administrativa como diretriz geral da política urbana, a gestão orçamentária participativa como instrumento de política urbana através de debates, audiências e consultas públicas, etc. As leis das agências reguladoras procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão na regulação do respectivo setor; a lei nº 10.079/04 que instituiu a parceria público-privada realiza consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão.

Os conselhos com participação social, as discussões populares prévias e a elaboração de propostas orçamentárias também são exemplos do fortalecimento da democracia participativa, que induz a criação de instrumentos de atuação

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

direta do cidadão na gestão pública, ultrapassando os instrumentos clássicos de participação da democracia participativa, através do voto.

Desse modo constatamos a relevância do controle social para a efetivação dos direitos humanos, visto que a mesma se mostra uma eficiente forma de controle da sociedade sobre os assuntos públicos.

Entretanto, o controle social varia conforme as características culturais de cada sociedade, desse modo teremos países com um controle social bastante efetivo sobre a conduta dos governantes, como a Inglaterra em que um escândalo, por ter incluído em suas atividades oficiais um amigo que não possuía cargo público e que trabalhava como conselheiro extraoficial, provocou a renúncia do ministro da Defesa britânico, Liam Fox. Por outro lado, em outros países, como no caso do Brasil, o controle social não é tão eficiente, visto que não são raros os casos de abuso na gestão de bens e recursos públicos praticados por agentes públicos.

Ora, democratizar o Estado significa dizer que a sua atuação deve corresponder, ao máximo, à vontade do povo, e esta vontade deve estar em consonância com os valores constitucionais e não com a corrupção, com a improbidade e a impunidade.

É fundamental, portanto, conceber a democracia como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos e operativos, oportunizando-se a deliberação pública e livre sobre questões

atinentes à população; o cidadão precisa conhecer o seu espaço de liberdade.

Um controle informal eficiente é um excelente instrumento de combate contra a corrupção, inclusive, mais eficiente do que os meios burocráticos tradicionalmente concebidos.

Nesse sentido, é imprescindível a lição de JUSTEN FILHO (2010) que constata que quanto menos eficientes os controles sociais para fiscalizar a conduta dos agentes estatais, menos relevante se torna o controle jurídico formal.

No entanto nenhum mecanismo jurídico formal pode gerar a democracia ou substituir a participação popular como instrumento de controle dos exercentes do poder estatal. O controle da atividade administrativa depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Mas nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder. A omissão individual em participar dos processos de controle do poder político acarreta a ampliação do arbítrio governamental. Os institutos que preveem a participação popular na atividade administrativa representam, por isso, a solução mais satisfatória e eficiente para promoção dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1133)

#### 4. NOVOS MEIOS DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA.

O aprofundamento da democracia pode produzir a redução da corrupção, pela concepção de mecanismos de controle social mais sofisticados que fomentem a participação ativa da sociedade na fiscalização da coisa pública, como as redes sociais.

Em 2010, os norte-americanos deram uma lição de cidadania e demonstraram compreender o pleno acesso ao espaço público, assinaram uma petição *online* (via internet) que pede a reformulação da política de subsídios, tarifas e importações de etanol adotada pelos Estados Unidos da América.

Vejamos alguns pontos importantes da notícia publicada pelo website Brasilagro, produzido pela A & K EDITORA LTDA:

Em menos de duas semanas, quase 9.000 pessoas, ou cerca de 1.000 por dia, assinaram uma petição online que pede a reformulação da política de subsídios, tarifas e importações de etanol adotada pelos Estados Unidos. Mensagens de apoio à petição, lançada no início de setembro pela União da Indústria de Cana-de-Açúcar (UNICA), estão sendo enviadas através do site "Change.org", importante fórum de debate sobre temas variados que também oferece aos usuários uma forma de cobrar atitudes de seus representantes eleitos. (...) De acordo com o representante-chefe da UNICA na América do Norte, Joel Velasco, trabalhar com fóruns populares como o "Change.org" permite o engajamento direto do público americano com a questão. "Nossa associação com o 'Change.org' é eficiente para o envio de uma forte mensagem ao

Congresso, de que os americanos reconhecem a importância de fontes de energia limpas e renováveis como o etanol de cana. E estão cansados do fato de seus impostos serem usados para manter opções como essa fora de seu alcance,” afirmou.

O “Change.org” dá acesso a uma plataforma de petição para mais de mil organizações sem fins lucrativos, além do público em geral. O Meio Ambiente é uma das principais áreas expostas com destaque pelo website.<sup>2</sup>

A experiência americana nos mostra que precisamos criar ou reinventar instrumentos ou espaços de liberdade para promover o controle social de forma organizada e efetiva.

Hannah Arendt apud Maria Garcia<sup>3</sup> lembra que cidadania é direito a ter direitos, compreendendo o pleno acesso ao espaço público, o efetivo exercício do poder político, das prerrogativas inerentes à cidadania, conforme explicita o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

Essa transformação necessária, na Administração Pública, permite forjar uma democracia participativa, em que os cidadãos e a sociedade civil não só participem da realização das ações públicas e de seu controle, mas com o amadurecimento da experiência acumulada, passem a exercer função primordial na

---

<sup>2</sup>website Brasil@gro é produzido pela A & K EDITORA LTDA, O editor é o jornalista Ronaldo Knack, ex-Folha de S.Paulo, ex-gerente do Grupo Editorial Ática, ex-diretor do Grupo Editorial El Clarin (Argentina), ex-consultor do Grupo Televisa (Mexico) e El Tiempo (Colômbia), consulta 16/11/11, as 15:43 horas.

<sup>3</sup> Artigo: O cidadão, intérprete da Constituição, autora Maria Garcia. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12, Junho-Setembro, 2004, nº 48.

concepção de políticas públicas, ampliando não só a eficiência, mas também a legitimidade dessas ações.

As redes sociais, os blogs e microblogs podem servir a este propósito em nosso país, pelo menos, como fomento a participação política de parte da sociedade, uma vez que o acesso a tais meios de comunicação ainda não está acessível à maioria da população (58,3%), conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.<sup>4</sup>

Em verdade, de forma incipiente já temos exemplos de governantes que através de canais de comunicação com a população, twitter; também já se realizou campanha (combustivelmaisbaratojá) de consumidores contra os aumentos de preços de combustíveis em Natal – RN.<sup>5</sup>

Com maior ênfase na fiscalização e combate à corrupção temos o sítio eletrônico da organização Transparência Brasil,<sup>6</sup> elaborando projetos que visam divulgar dados sobre corrupção, bem como instruir a população sobre os meios de controle e combate a má gestão pública. Exemplos são os projetos: a) Projeto Meritíssimo: que objetiva monitorar o desempenho dos ministros do STF; b) Às Claras: apresenta dados de doações de companhas eleitorais desde 2002; c) Excelências: dados sobre parlamentares processados e a forma de como gastam as verbas públicas, entre outros.

---

<sup>4</sup> Vide <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/mais-brasileiros-conectados>, acessado em 20/11/2011 15:32.

<sup>5</sup> Vide [http://www.diariodenatal.com.br/2011/04/12/ultimasnot1\\_0.php](http://www.diariodenatal.com.br/2011/04/12/ultimasnot1_0.php), acessado em 20/11/2011 15:47.

<sup>6</sup> Vide <http://www.transparencia.org.br/>, acessado em 20/11/2011 16:02.

Ainda temos como bom exemplo o sítio eletrônico - Congresso em Foco -, que como consta em seu editorial:

É um site jornalístico que faz uma cobertura independente e exclusiva do Congresso Nacional e dos principais fatos políticos da capital federal com o objetivo de auxiliar o (e) leitor a acompanhar o desempenho dos representantes eleitos, contribuindo para melhorar a qualidade da representação política no país. Sua missão é colocar as melhores técnicas e ferramentas do jornalismo a serviço da mudança. Por isso o nosso lema, 'jornalismo para mudar'. (CONGRESSO EM FOCO)<sup>7</sup>

Na área de controle orçamentários da União, dos Estados e Municípios existe o sítio eletrônico: [www.contasabertas.uol.com.br](http://www.contasabertas.uol.com.br), que visa:

Oferecer permanentemente subsídio para o desenvolvimento, aprimoramento, fiscalização, acompanhamento e divulgação das execuções orçamentária, financeira e contábil da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de forma a assegurar o uso ético e transparente dos recursos públicos, preservando-se e difundindo-se os princípios da publicidade, eficiência, moralidade, impessoalidade e legalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal. (CONTAS ABERTAS)<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Vide <http://congressoemfoco.uol.com.br/quem-somos/>, acessado em 20/11/2011 16:01.

<sup>8</sup> Vide <http://contasabertas.uol.com.br/WebSite/QuemSomos.aspx>, acessado em 20/11/2011 16:06.

Ainda se destaca a organização social: Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade - ABRACCI - é uma rede de organizações engajadas com a missão de “contribuir para a construção de uma cultura de não corrupção e impunidade no Brasil por meio do estímulo e da articulação de ações de instituições e iniciativas com vistas a uma sociedade justa, democrática e solidária.” (<http://www.abracci.org.br/>).

Em sede oficial, os portais da transparência visam democratizar os dados sobre despesas públicas, mas somente se destaca o sítio da Controladoria Geral da União com dados sobre receitas, despesas, convênios e servidores públicos federais. <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo do futuro reside na democracia participativa, sendo a constituição aberta à porta dessa nova legitimidade que se irradia para todas as searas do Direito.

A nova legitimidade assenta, pois, na participação democrática como instrumento de concretização da democracia e dos direitos humanos.

Ocorre que para participar do processo democrático o cidadão precisa conhecer o seu espaço de liberdade, compreendendo o pleno acesso ao espaço público, o efetivo exercício do poder político, das prerrogativas inerentes à cidadania.

A participação democrática através de redes sociais na internet pode ser tornar um mecanismo de controle social

**Participação Democrática: instrumento de proteção dos direitos humanos**

sofisticado que fomenta a participação ativa da sociedade na fiscalização da coisa pública e na efetivação dos direitos.

Essa nova concepção de cidadania é necessária na Administração Pública, pois permite forjar uma democracia participativa em que os cidadãos e a sociedade civil participam da realização das ações públicas e de seu controle, ampliando não só a eficiência, mas também a legitimidade dessas ações.

Precisamos criar ou reinventar instrumentos ou espaços de liberdade para promover o controle social de forma organizada e efetiva.

As redes sociais, os blogs e microblogs podem servir a este propósito em nosso País, como fomento a participação política efetiva dos cidadãos e da sociedade organizada, com influência no mundo virtual e no real.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2008.

GUSTAVO BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I, 2ª ed. tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Artigo: **O cidadão, intérprete da Constituição**, autora Maria Garcia. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12, Junho-Setembro, 2004.



# A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: precedentes para o brasil.

Veruska Sayonara de Góis<sup>1</sup>

Rosimeiry Florêncio de Queiroz Rodrigues<sup>2</sup>

**RESUMO:** Os direitos humanos afirmam-se como discurso normativo e gramática universal, formando-se sistemas protetivos mundialmente. Assim, participa o Brasil do sistema global, à base da ONU, dos seus órgãos e instrumentos; bem como do sistema interamericano, à base da OEA, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), órgãos e instrumentos respectivos. O sistema regional interamericano compõe-se da CADH, da Corte Interamericana e da Comissão, de forma precípua. A Corte tem produzido jurisprudência relevante acerca da liberdade de expressão, direito intrinsecamente relacionado à democracia e à realização humana. Assim, através da eleição de alguns casos paradigmáticos, são descritas algumas das posições da Corte, decisões e pareceres com interesse para o Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** liberdade de expressão, casos, CADH, Corte Interamericana.

**ABSTRACT:** Human rights affirmed as normative discourse and universal grammar, forming protective systems worldwide. So, Brazil participates in the global system, the basis of the UN, its organs and instruments; well as the interamerican system, based in the OAS, the American Convention on Human Rights (ACHR), organs and their instruments. The inter-American regional system composed of the ACHR, the Inter-American Court and Commission, of the initial form. The Court has produced relevant jurisprudence about the

---

<sup>1</sup> professora do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e mestre em Direito Constitucional (UFRN).

<sup>2</sup> professora do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e mestre em Ciências Sociais (UERN)

expression's freedom, right intrinsically related to democracy and human achievement. So, through the election of some paradigmatic cases are described some of the positions of the Court, decisions and opinions with interest to Brazil.

**KEY-WORDS:** expression's freedom, cases, ACHR, Inter-American Court.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos legitimaram-se como discurso universal no contexto do pós-guerra, deixando para trás o aspecto tão somente filosófico. Nesse sentido, tem-se a construção de um Direito Universal dos Direitos Humanos (DUDH), fundado sobre as bases do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional, e também sobre os alicerces da filosofia moral, no ponto de convergência entre a ética e a política (LAFER, 2003).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A, Assembleia Geral da ONU) coroa esse discurso, não tendo, em princípio, valor jurídico. Entretanto, a Declaração foi elevada a costume internacional, sendo, portanto, fonte de Direito Internacional. Não obstante isso, através da Declaração e Programa de Ação de Viena (adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993), dá-se uma roupagem normativa definitiva a esse importante documento. Assume-se, por fim, a Declaração como um padrão comum de realização para todos os povos e todas as nações.

O conceito de direitos humanos é bastante complexo. Podemos definir, em linhas gerais, os direitos humanos “como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (autônomo)” (NEVES, 2005, p. 8).

Os direitos humanos supõem uma especificidade, e se “diferencian de otros derechos por cinco características: su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción” (ALEXY, 2000, p. 24). De fato, afirma a Declaração de Viena que “todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana”, bem como “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

A Organização das Nações Unidas (ONU), tendo por normas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), e tendo por instituição jurídica a Corte Internacional de Justiça (CIJ), forma o sistema global de proteção de direitos humanos.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) forma um sistema protetivo regional, tendo como documento normativo máximo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969) ou Pacto de San José da Costa Rica, como é mais conhecido. A Comissão Interamericana e a Corte Interamericana são os órgãos de proteção no sistema regional, tendo a Corte

Interamericana produzido jurisprudência bastante impactante no nosso país.

No âmbito das Américas, em 30 de abril de 1948, durante a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), criando a organização da qual fazem parte todos os 35 Estados da América do Norte, Central (incluindo o Caribe) e do Sul. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como seu marco inicial a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que foi aprovada na mesma ocasião, pela Resolução XXX (GORENSTEIN, 2002, p. 79).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem também nasce sem forma jurídica contratual, só assumindo força vinculante com o Protocolo de Buenos Aires (1970), que absorveu os seus conteúdos. Os sistemas regionais atuam de forma paralela ao sistema global, sendo estimulados pela ONU. Reconhece-se que a proximidade geográfica e a identidade cultural podem reforçar a proteção de direitos humanos em tais sistemas, diferentemente do sistema global, cujo principal objetivo vem sendo a paz e a segurança internacionais (ALVES, 2002).

De fato, apesar de pouco usado no Brasil, e em certa medida, até ser praticamente desconhecido, o sistema interamericano tem conhecido de casos diretamente contra o

Brasil, e, de toda a forma, produzido intensa jurisprudência na seara dos direitos humanos.

## **2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) - ou, simplesmente, Pacto de San José da Costa Rica - foi adotada como tratado internacional multilateral na data de 12 de fevereiro de 1969, em conferência da OEA realizada na Costa Rica. Ratificada no Brasil em 1992, a CADH é a base principal do sistema interamericano protetivo de direitos humanos.

No que toca à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a aceitação dos Estados é automática, não havendo que se falar em faculdade de submissão. A Comissão Interamericana é órgão da OEA, anterior à CADH e à Corte Interamericana, e teve suas funções fortalecidas no novo sistema. Além da incumbência de promoção dos direitos humanos, a Comissão funciona como órgão de supervisão do cumprimento da Convenção, tendo ainda autoridade para receber e examinar petições e comunicações de indivíduos e de Estados.

No caso dos indivíduos, funciona como filtro, podendo encaminhar o caso à Corte Interamericana (CADH, art. 41, f). Entende-se que o sistema interamericano caminha para um reconhecimento cada vez maior do indivíduo, dotando-o de capacidade internacional, tradicionalmente adjudicada somente aos Estados nacionais. Vejamos o artigo 44 da CADH:

**A Jurisprudência da Corte Interamericana e a Liberdade de Expressão...**

Qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Como lembra Cançado Trindade,

com o acesso dos indivíduos à justiça em nível internacional, por meio do direito de petição individual, deu-se enfim expressão concreta ao reconhecimento de que os direitos humanos a serem protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado (2004, p. 140).

Já a Corte Interamericana recebe petições somente dos Estados e da Comissão Interamericana (CADH, art. 61). Além da função judicial em sentido litigioso, a Corte possui função consultiva, tendo competência acerca da interpretação e aplicação da Convenção (CADH, arts. 62 e 64), bem como acerca da compatibilidade entre as leis internas dos países e a CADH - o chamado controle de convencionalidade (CADH, art. 64.2). Essa última função vem sendo exercida pela emissão de pareceres ou Opiniões Consultivas.

Ressalte-se que a sentença produzida pela Corte Interamericana, além de inapelável (CADH, art. 67), se direcionada ao Brasil, não necessita de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Constituição Federal

(art. 105, I, i). Isso por não se tratar de sentença estrangeira, mas de sentença supranacional (ALVES, 1997).

As decisões da Corte Interamericana são obrigatórias, o que requer a adoção pelo Estado condenado das medidas hábeis para lhe dar pronto e imediato atendimento. Isso ocorre somente se o Estado expressamente reconhecer a competência contenciosa da Corte (AMARAL JÚNIOR, 2008).

O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998 (Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998), para fatos a partir do reconhecimento (de acordo com faculdade prevista na CADH, art. 62, §1º).

Examinando o impacto do sistema interamericano, Flávia Piovesan aponta algumas diferenças significativas entre o sistema interamericano e o europeu; bem como o fato de que “a região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação”, (2011, p. 413). As assimetrias regionais dificultam a aplicação da Convenção Interamericana e sua apreensão em torno da sensibilidade jurídico-normativa, sendo ainda pequeno o diálogo entre as cortes ou tribunais nacionais de superposição e a Corte Interamericana.

### 3. A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito clássico, de natureza civil e política. Ligado ao liberalismo, esse direito inicialmente se contrapunha ao Estado, que deveria respeitar as liberdades negativas, num ‘abster-se’. Contemporaneamente, esse direito passa por uma releitura, derivando novos (ou somente agora perceptíveis) direitos, como a liberdade de expressão relacionada à orientação sexual e à liberdade genética, entre outras possibilidades.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aduz, em seu segundo ‘*Considerando...*’, a “liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade” como a mais alta aspiração do homem comum.

No artigo XIX, tem-se que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) traz esse direito, em seus artigos 19 e 20.

No sistema interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem já preconizava que “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio” (art. IV). A Convenção Americana de Direitos Humanos densifica o direito

de Liberdade de pensamento e de expressão, em seu artigo 13, que passamos a reproduzir.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana produziu relatório acerca da jurisprudência da Corte, dividindo-a em duas situações: uma sob o marco da declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e outra sob o marco da Convenção Americana de Direitos Humanos (COMISSÃO, 2002). Daremos ênfase ao segundo momento, tendo por foco a vigência da CADH, a partir de 1978.

A Relatoria para a Liberdade de Expressão divide os casos abordados pela Corte nos tópicos: (1) violência ou assassinato de comunicadores sociais; (2) intimidação e ameaça em consequência de expressões; (3) censura prévia; responsabilidades posteriores por declarações; filiação obrigatória para o exercício do jornalismo profissional; (4) restrições indiretas da liberdade de expressão; direito à verdade; e (5) direito à réplica (COMISSÃO, 2002).

Citaremos, de forma descritiva, casos paradigmáticos de atuação da Corte, explicitando os padrões estabelecidos. Não se propõe, portanto, uma abordagem analítica no presente trabalho; mas apresentar os precedentes que se estabelecem como paradigmáticos, devendo orientar as cortes nacionais, em um diálogo de 'convencionalidade'. A Corte Interamericana produziu duas opiniões ou pareceres consultivos relevantes de

caráter paradigmático para a liberdade de expressão: a Opinião Consultiva OC-5/85 (13 de novembro de 1985, sobre a filiação obrigatória de jornalistas) e a Opinião Consultiva OC-7/86 (29 de agosto de 1986, sobre a exigibilidade de direito de retificação ou resposta).

Algumas das sentenças que a Corte produziu sobre o tema são: caso *“La última tentación de Cristo”*; caso *“Baruch Ivcher Bronstein vs. Peru”*; caso *“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”*; *“Canese vs. Paraguai”*; *“Palamara Iribarne vs. Chile”*; *“López Álvarez vs. Honduras”*; *“Claude Reyes e outros vs. Chile”* e caso *“Kimel vs. Argentina”* (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, s/d).

Para Bertoni, ex-Relator Especial para a Liberdade de Expressão, a Opinião Consultiva nº 5 da Corte foi um marco essencial para a formação jurisprudencial que viria depois.

É importante destacar dois pilares básicos para a interpretação do artigo 13 que foram construídos na OC-5. O primeiro, que chamarei “padrão democrático”, e o segundo, o “padrão das duas dimensões”. O “padrão democrático” resulta básico para a interpretação do conteúdo do direito à liberdade de expressão. A ligação com a democracia traz um prisma de observação fundamental já que implica que a liberdade de expressão constitui um direito humano que, caso não seja respeitado, coloca em perigo a vigência de todos os outros valores e princípios imperantes em uma sociedade democrática. Conseqüentemente, a proteção do direito a

expressar as idéias livremente é fundamental para a plena vigência dos outros direitos humanos. Sem liberdade de expressão e informação não há uma democracia plena e sem democracia, a triste história hemisférica demonstrou que desde o direito à vida até o direito a propriedade são colocados em sério perigo. O “padrão das duas dimensões” propõe que o conteúdo da liberdade de expressão não seja vinculado apenas com o aspecto individual do direito, mas que também esteja orientado a uma dimensão coletiva (s/d, p. 5-6).

A atuação da Corte surgiu com a consulta da Costa Rica, acerca de requisitos como diploma e filiação obrigatória a uma organização profissional como requisitos para a prática do jornalismo. A Opinião Consultiva, lavrada em 42 páginas, leva em consideração as normas de interpretação previstas no artigo 29 da CADH, entendendo, por fim, que a exigência de filiação obrigatória fere a liberdade de expressão e alheia a possibilidade de participação no debate público.

No Brasil, tivemos a aplicação desse entendimento quando da declaração de inconstitucionalidade da exigência do diploma para jornalista, em julgamento de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário RE 511961, 2009).

Em 1986, o estado da Costa Rica solicitou à Corte outra opinião consultiva acerca da exigibilidade do direito de retificação ou de resposta previsto no artigo 14 da CADH. No caso, a Corte ratificou a CADH, afirmando que todo Estado-parte

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

tem a obrigação de garantir o direito de resposta, conforme o artigo 14 da Convenção. O direito de retificação ou resposta poderia ser regulamentado por qualquer tipo de norma, a menos nos casos em que se pretendesse restringi-lo, sendo necessária a espécie normativa '*lei*' (Opinião Consultiva 7/86, de 29 de agosto de 1986).

Segundo Mendes (2011, p. 533-534), quanto ao direito de resposta:

Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da opinião ofensiva ou da notícia inverídica ou errônea (...). É o princípio da igualdade de armas, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa.

O Brasil prevê, na Constituição Federal, o direito de resposta (art. 5º, V), não dispondo, até pouco tempo, de regulamentação infraconstitucional para o tema. Isso porque a Lei de Imprensa, que tratava o direito de resposta, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF, ADPF 130-7, 2009).

A Lei 13.188, de 11.11.2015 (publicada no DOU de 12.11.2015) sanou a lacuna, dispondo sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5415, questionou a referida lei (especificamente o artigo 10), por questões de ordem processual. Como se trata de fato recente, não há decisão.

A Corte Interamericana já teve oportunidade de apreciar casos relativos à censura prévia, expressamente vedada na CADH, que traz os casos de exceção. A Convenção somente admite responsabilizações ulteriores no tocante à disciplina da liberdade de expressão (teoria do formalismo na liberdade de expressão), e tais responsabilidades devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

O único caso permitido de censura prévia é a submissão de espetáculos públicos, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência. Ainda assim, não se permite a vedação completa da liberdade de expressão, conforme se verificou no caso *“La última tentación de Cristo”*. Em 1998, o Chile proibiu a exibição do filme ‘A última tentação de Cristo’, através do Conselho de Qualificação Cinematográfica.

Provocada, a Corte Interamericana entendeu que se tratou de censura prévia, expressando que “a violação do direito à liberdade de expressão compreende a responsabilidade internacional do Estado seja qual for o poder que a tenha produzido” (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, s/d).

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

Interessante perceber que, dada a amplitude do conceito de censura da Corte, a atuação do Brasil, em situação de tutela judicial preventiva que proíbe a liberdade de expressão (proibição de circulação de periódico que hipoteticamente viole a reputação de alguém, por exemplo), seria abarcada no conceito de censura, envidando responsabilidade internacional do país.

Em recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, o Supremo Tribunal Federal declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Nos termos da decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, 2015).

Em outro caso, a classificação indicativa de programação de rádio e televisão foi objeto de análise pelo STF, na Ação Direta

**A Jurisprudência da Corte Interamericana e a Liberdade de Expressão...**

de Inconstitucionalidade (ADI) 2404. Questionou-se o artigo 254 da Lei nº 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O dispositivo atacado estava elencado no rol de infrações administrativas e dispõe:

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 254 - Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de classificação:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Até o momento, o STF decidiu nos seguintes termos:

**Decisão:** Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, julgando procedente a ação direta, dando interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/1990, de modo a reconhecer a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da administração, admitindo apenas, como juiz indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, participando como palestrante do *XVI Encuentro de Magistradas de*

*los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamerica,*  
em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso.  
Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.  
Plenário, 05.11.2015.

Também a Corte Interamericana já se pronunciou sobre o direito à informação pública, à verdade e à memória, tanto em casos sobre a liberdade de expressão, quanto, inclusive, ao Brasil (Caso Gomes Lund). A decisão do Caso Gomes Lund tem implicado em desdobramentos políticos e jurídicos extremamente complexos como a imposição de revogação de uma lei de anistia (Lei 6.683/1979, resquício da ditadura militar brasileira), a abertura de documentos oficiais ainda sob domínio das Forças Armadas, a reparação às famílias vitimadas e a criação de uma lei de acesso à informação (originando a Lei 12.527/2011, que regula o acesso a informações públicas).

Já no caso “*Claude Reyes vs. Chile*”, a Corte afirmou que o “acesso à informação pública que está em mãos do estado favorece a participação da cidadania na gestão dos assuntos públicos e o controle, a publicidade e a transparência dos atos do governo” (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, s/d). Na situação, a Corte determinou que o Estado transmitisse a informação solicitada. A situação tem especial importância para o Brasil, dada a existência de arquivos sigilosos, especialmente acerca da época da ditadura.

E mais uma situação que demanda atenção especial do Brasil: a proteção especial a expressões relativas a funcionários públicos, políticos e particulares que desenvolvem atividades de

natureza pública. No caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, a Corte analisou a reclamação de um jornalista condenado civil e penalmente na Costa Rica por difamação.

A condenação foi fundada em notícias que expunham informações publicadas na Bélgica, vinculando o representante *ad honorem* da Costa Rica perante a Organização Internacional de Energia Atômica com diversas condutas ilícitas, e no fato de que o jornal e os jornalistas não tinham provado a veracidade dos fatos apontados pelas publicações européias.

A Corte Interamericana entendeu que a exigência imposta ao jornalista de provar a veracidade da informação restringiu de forma exagerada a liberdade de expressão.

Considerando que a liberdade de expressão fomenta o controle cidadão sobre a gestão pública e a transparência das atividades estatais, o tribunal sustentou que todas as expressões ou informações relativas a questões de interesse público devem poder ser amplamente debatidas. (...) Isto, explicou o tribunal, não se deve a que certas pessoas gozem de uma maior proteção para se expressarem ou que a honra de outras pessoas, como os funcionários públicos, não deva ser tutelada. A razão para que as expressões relativas a funcionários públicos ou pessoas em exercício de funções públicas **recebam** um nível superior de proteção reside em que elas tratam de questões de interesse público, devido ao caráter público das atividades que aquelas pessoas desenvolvem. Por outro lado, a Corte advertiu que essas pessoas

decidiram voluntariamente se submeter a um exame mais rigoroso por parte da cidadania, pois, em democracia, o exercício de funções públicas necessariamente implica o dever de prestar contas e receber críticas. (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, s/d).

O Brasil tem uma legislação penal antiga que trata de crimes contra a honra, e, embora a leitura desses dispositivos deva ser feita à luz da Constituição, já se faz necessário pensar em um controle de convencionalidade, ou controle das leis tendo por paradigma os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aos quais o país se submeteu, realizando o diálogo entre as cortes nacionais e supranacionais.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

A transição democrática brasileira, que teve como documento principal a Constituição Federal, continua; sendo a integração aos sistemas internacionais protetivos de direitos humanos um importante capítulo. Conhecer a jurisprudência dessas cortes internacionais faz-se imperante, vez que o Brasil assumiu responsabilidades internacionais. Assim, a interpretação evolutiva e atualizadora dessas cortes orienta o sistema nacional, pautando os Poderes e os cidadãos. Além de conhecer, deve-se fazer a crítica necessária, para que, em especial, a jurisprudência da Corte Interamericana amadureça, e possa auxiliar na construção de democracias estáveis. Esse aspecto torna a liberdade de expressão um tópico-chave para o sistema

**A Jurisprudência da Corte Interamericana e a Liberdade de Expressão...**

interamericano, de forma geral, haja vista a fragilidade e a instabilidade das instituições democráticas no continente americano. Deve-se, portanto, aprofundar o debate acerca da liberdade de expressão, tão cara à democracia e à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La institucionalizacion de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. In: *Revista Derechos y libertades*. Madri, España, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN 1133-0937, Año nº 5, Nº 8, 2000 , págs. 21-42. Disponível na Internet: <[dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=VOLUMEN&revista\\_busqueda=411&clave\\_busqueda=5](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=VOLUMEN&revista_busqueda=411&clave_busqueda=5)>. Acesso em: 01/11/2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. O contrário dos direitos humanos (explicitando Zizek). In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Ano 45, nº 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo, FTD, 1997.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo, Perspectiva, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo, Atlas, 2008.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). *A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, ADC, s/d. Disponível na Internet: <[www.adc-sidh.org/documentos.php?idsec=3&idsub=33](http://www.adc-sidh.org/documentos.php?idsec=3&idsub=33)>. Acesso em: 30/10/2011.

BERTONI, Eduardo Andrés. Prólogo. In: ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, ADC, s/d. Disponível na Internet: <[www.adc-sidh.org/documentos.php?idsec=3&idsub=33](http://www.adc-sidh.org/documentos.php?idsec=3&idsub=33)>. Acesso em: 30/10/2011.

**A Jurisprudência da Corte Interamericana e a Liberdade de Expressão...**

LAFER, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo, Perspectiva, 2003.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira (Orgs.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais*. São Paulo, Loyola, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Leis de anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e a experiência brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coordenadores). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador, Bahia, Editora JusPodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no estado democrático de direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas cortes constitucionais: breves considerações. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coordenadores). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador, Bahia, Editora JusPodivm, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 29/10/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Certidão de Julgamento da ADPF 130-7*. Disponível na Internet: <[redir.stf.jus.br/estfvisualizador/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=130&siglaClasse=ADPF](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=130&siglaClasse=ADPF)>. Acesso em: 20/05/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815*. Conclusão. Disponível na Internet:

<[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)>. Acesso em: 13/06/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário RE 511961*. Íntegra da decisão. Disponível na Internet:

<[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=511961&classe=RE&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=511961&classe=RE&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)>. Acesso em: 20/07/2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*. In: L.N.C. Brant. (Org.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA. (Relatoria para Liberdade de Expressão). *Síntese sobre a jurisprudência interamericana em matéria de liberdade de expressão*. Disponível na Internet: <[www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3f.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3f.htm)>. Acesso em: 20/04/2011.



# AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTO SOCIAL DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS:

## liberdade de expressão e direito de personalidade

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rego<sup>1</sup>  
Kildare de Medeiros Gomes Holanda<sup>2</sup>

**RESUMO:** O debate acerca da liberdade de expressão na atualidade vem atrelado aos preceitos constitucionais de garantias ao direito de personalidade, remetendo-os no que tange aos aspectos que resguardam a imagem e a honra dos indivíduos. Os conflitos existentes nesse território de natureza jurídica desperta a análise das circunstâncias que levam necessariamente a uma compreensão constitucional do tema. A dificuldade conceitual em definir a ideia de liberdade de expressão e dignidade forçou a busca de alternativas teórico-metodológicas para alcançar os objetivos do presente trabalho. O pensamento de São Tomaz de Aquino e Kant é utilizado para expressar o teor conceitual filosófico, ainda apoiando-se nas ideias de Cotta e Funes (2007), no que remete ao delineamento dos caracteres que define a dignidade da pessoa humana. Mendes (2008) e Tavares (2007) corroboram doutrinariamente para consolidação da temática que aborda a liberdade de expressão, enquanto Hesse (1991) estabelece a primazia da vontade da Constituição como forma de pacificação dos conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Liberdade de expressão; Honra; Dignidade.

**ABSTRACT:** The debate about freedom of expression today is linked to the constitutional guarantees of the right of personality, leaving them with respect

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Constitucional. Professor Assistente III da Faculdade de Direito/UERN e Especialista em Direito Público.

<sup>2</sup>Doutorando em Direito Constitucional. Mestre em Direito Constitucional. Professor Assistente III da Faculdade de Direito/UERN e Especialista em Ciências Criminais.

to those aspects that protect the image and honor of individuals. The conflicts existing in the territory of a legal nature awakens the analysis of the circumstances that lead necessarily to an understanding of the constitutional issue. The conceptual difficulty in defining the idea of freedom of expression and dignity forced to search for alternative theoretical and methodological approaches to achieve the objectives of this Article. The thought of St. Tomas Aquinas and Kant is used to express the philosophical conceptual content, still relying on the ideas of Cotta and Funes (2007), which refers to the delineation of characters that defines the dignity of the human person. Mendes (2008) and Tavares (2007) corroborate doctrinally for consolidation theme that deals with freedom of expression, while Hesse (1991) establishes the primacy of the will of the Constitution as a way of pacifying the conflict.

**KEYWORDS:** Constitution. Freedom of expression. Honor. Dignity.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das discussões mais efervescentes nas democracias ocidentais gravita em torno do questionamento: onde termina a liberdade de expressão e começa o direito de personalidade, intimidade e privacidade de um cidadão? Essa dúvida tem levantado vários questionamentos doutrinários, perguntas formuladas quando do confronto de situações verificadas em casos concretos e no cotidiano dos indivíduos que se relacionam em sociedade.

A discussão torna-se mais acentuada quando envolta na dimensão da natureza constitucional e da proteção que deve ser garantida pelo Estado Democrático de Direito, instrumentalizando-se legalmente para construir um ideário capaz de promover a pacificação social. Não pode se conceber uma democracia sem liberdade de expressão, assim como sem

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

resguardo à intimidade, à imagem, à privacidade e à honra dos cidadãos. É nesse feixe de irradiação axiológica que reside a grande celeuma das civilizações democráticas no início do século XXI, que ao promover a constitucionalização no debate social se viu frontalmente questionada acerca das garantias individuais frente os princípios constitucionais, que dão sustentabilidade e supremacia ao interesse público sobre o privado.

Na construção social dessa teia dialógica a realidade se configura de vários modos, contudo é na condição da análise jurídica que mais tem se refletido sobre as colisões de direitos quando estampados com o viés constitucional. A constitucionalização desse debate se deve pela força que vem se estabelecendo os valores contidos desde o advento da Constituição Federal (CF/88). Exigindo efetividade em todos os momentos e circunstância da vida diária, a CF/88 não representa mais um papel figurativo nas estantes dos juristas e do cidadão. Esse movimento constitucional é promovido a partir de uma conscientização – que passa necessariamente pela popularização midiática a que a CF/88 está submetida; mais ainda, pelo vigor com que ela pode exercer sobre a vivência dos brasileiros e a luta pela sua construção coletiva desse ideário constitucional.

Em outro aspecto, cumpre ressaltar o desenvolvimento educacional – colaborando para que os níveis de cobrança possam elevar os índices de reconhecimento dessa constitucionalização como proteção coletiva contra os abusos do Estado frente essa relação com os particulares. Ao definir o tipo de Estado e sua estrutura, a CF/88 também avançou em aspectos que envolvem os direitos individuais e, por esse motivo, permite

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

que os indivíduos possam ter assegurados no plano pessoal algumas garantias, tais como: privacidade, intimidade, honra, imagem etc. Dessa forma, há que destacar na nossa lei constitucional a sua colaboração na prevalência da dignidade, a fim de afastar essa sombra ditatorial que assombrou os brasileiros durante todo o período de exceção.

Ao analisar esses aspectos constitucionais busca-se o entendimento capaz de realizar uma conjugação harmônica das liberdades com o princípio da dignidade. No âmbito normativo cabe estabelecer a relação entre esses princípios e harmonizá-los frente o espírito jurídico da Constituição. Alçada a uma figura importante e de valor inestimável, a liberdade de expressão ganha espaço no esteio constitucional, mas não existe como um direito absoluto e propulsor de desigualdades. É importante verificar que essa liberdade será questionada quando provocar desequilíbrios sociais e responsabilizada pelos danos causados, ferindo de forma leviana outros direitos que orbitam na seara individual.

Os limites dessa constitucionalização, quanto à liberdade de expressão frente aos direitos de personalidade, não afastam a possibilidade de responsabilização civil e/ou penal – isso porque a CF/88 exige uma convivência harmônica entre as suas metas principiológicas, o que indica a necessidade de uma consciência constitucional para o exercício diário dos seus cânones – além da necessidade de se fazer construir uma ideia coletiva que ampare os direitos estabelecidos na CF/88.

## 2. O PRIMADO HISTÓRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ESTEIO DA DIGNIDADE HUMANA

Dois postulados do direito constitucional pátrio se fazem presentes nessas reflexões acerca das garantias individuais e coletivas, assim como os seus reflexos no fortalecimento da democracia brasileira e, sobretudo, na materialização do pluralismo político. A tensão observada na temática vem sendo delineada a partir da complexificação social e das ramificações oriundas de um embate histórico na defesa das liberdades.

Condensando a certeza da liberdade de expressão, ao lado dos direitos à intimidade, à imagem, à privacidade e à honra, verifica-se que são partes nucleares do constitucionalismo contemporâneo – vistos dentro de um processo histórico de aperfeiçoamento social, cujas lembranças passadas são marcadas pelas mais perversas práticas políticas –, não menos verdade é que esses direitos ainda se encontram envolvidos por conceitos não tão claros, levando-os a uma concepção falsa da realidade e de seus papéis na materialização da CF/88. No campo teleológico, há que considerar a necessária observância dos valores construídos e que se encontram orbitando com bastante eficácia no âmbito das liberdades e no que se circunscreve aos limites da pessoa humana, bem como a sua imagem criada a partir das relações construídas ao longo da sua existência enquanto ente social.

Essa compreensão defeituosa dos dois institutos tem gerado conflitos dos mais variados possíveis nas sociedades contemporâneas, digladiando-se de um lado os que defendem

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

uma liberdade de expressão absoluta, notadamente os veículos de comunicação social, e os que lidam com essas ferramentas democráticas ocidentais; em lado oposto, os que sustentam a personalidade, a intimidade e a privacidade como bens intocáveis e inalcançáveis, subjugando, portanto, a liberdade de expressão e seus postulados.

As duas correntes vêm deslocando as suas ações em hemisférios distintos e assentados nos limites do extremismo, cuja máxima é defender a supremacia de um instituto sobre os outros, o que parece comprometer as suas próprias gêneses. Partem da premissa de que tais direitos informam a democracia, não considerando que são consequências dela. Invertem a noção dos conceitos e comprometem a própria racionalidade de seus argumentos, quando imaginam que a relativização de um ou outro conceito diante do caso concreto é uma violação aos postulados do Estado Democrático, quando ao revés, é exigência insofismável da harmonia das normas constitucionais. Enfim, por defeito conceitual desacreditam na eficácia da constituição.

Com efeito, a historicidade dos institutos pode explicar esse vislumbre de supremacia que cada um representa a seus seguidores, bem como a necessidade de compreendê-los como parte de um todo mais complexo e dinâmico, denominado dignidade da pessoa humana.

A liberdade de expressão é postulado que se confunde com a própria assunção da racionalidade do homem. É meio por intermédio do qual os seres humanos se comunicam e trocam experiências, manifestam as suas insatisfações e conquistas, expõe as suas críticas, publicam as suas crenças – enfim,

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

participam da construção do tecido social em que está inserido. Essa liberdade, em última análise, é a materialização por excelência da linguística humana.

Conquanto hodiernamente o termo liberdade de expressão manifeste gênero, do qual a liberdade de imprensa é espécie –, este último termo é de uso mais sólido nos povos da antiguidade. Assim, fazendo-se uma visita a história, verifica-se referência aos elementos de imprensa – sem o uso do termo liberdade de expressão – em épocas mais remotas, a exemplo da Suméria, na Mesopotâmia, através da escrita cuneiforme (feita em argila). Era o surgimento da linguística formal e a divisão da História em duas dimensões, é dizer antes e depois da escrita. Passava-se, desse modo, a construir uma dimensão abrangente e instrumentalizadora de garantias da publicidade, da extensão do tempo e da perpetuação das ideias através de uma codificação que a semiótica mais adiante veio estudar como forma de alcançar a abrangência da sua atuação em sociedade.

Na Roma antiga, há registros de instrumentos de imprensa, sobretudo através das publicações dos atos políticos romanos no Fórum, destacando-se a *Acta Diurna*, uma espécie de jornal da época – assim caracterizado por sua regularidade. Através desse mecanismo de publicidade, criado por Júlio César no ano 59 a.C., dava-se conhecimento ao grande Império dos eventos ordenados pelo imperador, além de notícias militares, obituárias, crônicas esportivas e outros assuntos de interesse político.

Registros na literatura especializada, a exemplo de Costella (2001, p. 35-36), narram com facilidade a participação

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

dos chineses na aplicação de técnicas que anteciparam a impressão de materiais e a fabricação de carimbos. Giovannini (1987, p. 73-75) defende a ideia de que os chineses são os responsáveis pela invenção do papel, o que facilitou as técnicas xilográficas que se aliavam a reprodução de materiais budistas considerados sagrados. Todavia, em 1440, Johannes Guttenberg desenvolveu instrumento de produção informativa dando início ao que ficou conhecido como o surgimento da imprensa, por meio do desenvolvimento e uso da prensa móvel – vindo a se tornar popular em toda a Europa entre os anos de 1452 e 1470 – e, posteriormente, com a expansão das grandes navegações e as colonizações da Ásia, América e África, a ser difundida nesses novos territórios.

Com o surgimento da imprensa moderna e sua massificação como veículo de comunicação social, a liberdade de expressão ganhou densidade político-social, passando a servir de instrumento para divulgação de fatos de relevância para a sociedade, mas sobretudo de combate ao arbítrio. A partir de então ausentara o caráter panfletário<sup>3</sup> divulgador das doutrinas religiosas, para alcançar um patamar de mediação entre opiniões, artes e diversidade de culturas – que se concebe numa vivência cotidiana aproximando ideias e pensamentos dos mais variados.

---

<sup>3</sup> Esse caráter panfletário divulgador de questões doutrinárias religiosas teve seu ápice quando da invenção dos tipos móveis por Gutemberg. Naquele século XV a atividade tipográfica serviu para imprimir páginas da bíblia e serviu como instrumento de difusão religiosa.

Nesse entendimento não haveria terreno fértil para a expansão da liberdade de expressão longe dos postulados da democracia. Em outras palavras, não teria como a livre opinião existir dentro de Estados autoritários, a exemplo do que ocorria no Absolutismo europeu. A necessidade de rompimento com instituições monárquicas absolutistas era inevitável para o triunfo da democracia, e, por seu turno, firmar a liberdade de expressão como direito fundamental dos povos.

Essa necessidade se mostrou realidade com as convulsões sociais na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando a Inglaterra, por meio da Revolução Gloriosa (1688-1689), e a França, na grande Revolução Social de 1789, impuseram o ideal democrático em seus sistemas políticos. Pela Inglaterra o novo reinado (Guilherme II e Maria II) submeteu-se ao *Bill of Rights* (declaração de direitos), no qual impunha limites ao poder da coroa, submetendo a legitimidade da Monarquia ao Parlamento. Na França, a submissão do poder aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Com essa mesma postura política caminhou os Estados Unidos da América, quando sagraram-se vitoriosos na guerra da independência –, declarando livre suas 13 (treze) ex-colônias inglesas – no período compreendido entre 1776-1787, através do Pacto da Filadélfia – quando construíram a Federação americana sob a regência do sistema presidencialista e a materialização da democracia como fundamento do novo país.

Já na Declaração do Bom Povo da Virgínia, uma das ex-colônias inglesa na América se revela com forte conteúdo iluminista e a proteção à liberdade de expressão, notadamente

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

pela senda de seu artigo 14: "*A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos*". (grifo nosso)

A primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América também contemplou a consagração da liberdade de expressão e prelecionou que,

"O Congresso não fará nenhuma lei relativa ao estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício de alguma religião; ou restringindo a liberdade da palavra ou da imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de dirigir-se ao governo para a reparação de injustiças". (DOUGLAS, 1963, p. 11)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, e votada definitivamente em 02 de outubro daquele ano pela Assembleia Nacional Constituinte da França, também cuidou de garantir como direito de todo homem a liberdade de expressão, numa demonstração sólida de que o direito de liberdade – visto dentro de um conceito positivista – era o mecanismo democrático por excelência de limites a ação do Estado. Assim delineara-se a ideia: "Art. 11. A livre comunicação das ideias 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*". (grifo nosso)

Preceito parecido foi disciplinado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, através de seu artigo 19, que estampa a seguinte afirmativa: “Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

No Brasil, as Constituições de 1824, 1891 e 1934 incluíram a liberdade de expressão, muito embora não tenham alcançado o vigor social que se esperava. Na Carta Política de 1937 a liberdade de expressão cedeu lugar à censura, sob o argumento de segurança nacional. A redemocratização de 1946 revitalizou a liberdade de expressão como bem maior da democracia. O golpe de 1964 e o Ato Institucional nº 5 de 1968 promoveram nova agressão à liberdade de expressão, sendo este último retratado como o maior atentado ao direito de crítica na história do Brasil.

A CF/88 reestabeleceu as base da democracia brasileira, assentando a liberdade de expressão com direito fundamental do povo e cujo status constitucional é de cláusula pétrea, pela força de seu art. 60. Em várias passagens do texto republicano de 1988 o constituinte fez menção a liberdade de expressão, consoante se observa nas seguintes referências legais: inciso V, do artigo 1º (pluralismo político); caput do artigo 5º (liberdade e igualdade de todos perante a lei); incisos IV (liberdade de pensamento), VIII (proibição de privação de direitos por crenças e convicções), IX (liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação e

vedação à censura); artigo 220, *caput* e § 2º (proibição à censura à manifestação do pensamento).

Em análise a temática da liberdade de expressão, Mendes (2008, p. 360-361) assevera que,

[...] a garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionais estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...]. No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.

Como pode-se observar, a liberdade de expressão é preceito fundamental de qualquer democracia, não sendo exagero afirmar a inexistência da democracia sem liberdade de expressão e esta sem a verdadeira democracia. Uma se encontra umbilicalmente ligada à outra, como antecedente e conseqüente de si própria. Essa união resulta da necessidade de participações múltiplas na construção de uma sociedade dinâmica e justa, disso acrescentando que o progresso humano se desenvolve a partir de vários prismas – que por sua condição plúrima permite a dialética como instrumentalizadora de um *quantum* intelectual e cultural, capaz de transformar a realidade ignorante em civilização estruturada.

De outro modo, cabe ressaltar que a força da liberdade de expressão como corolário da democracia não pode ser entendida como um poder absoluto frente a Constituição, capaz de transgredir os direitos individuais conquistados a base de muito esforço popular, na construção dos valores pátrios que valorizam a dignidade da pessoa humana. É nesse pórtico que convém tecer alguns apontamentos sobre o direito de personalidade, de intimidade e privacidade.

Sem exaurir quais os direitos fundamentais são passíveis de colidir com a liberdade de expressão, é forçoso reconhecer que o direito de personalidade, de intimidade e privacidade – senão os únicos –, certamente são os de maior conflito com a liberdade de expressão como instrumento de publicidade e/ou informação, da noticiabilidade. Numa primeira visão, poder-se-ia até concluir que a liberdade de expressão é incompatível com a intimidade e a privacidade. Também poder-se chegar à conclusão, pela historicidade da liberdade de expressão, que esse patamar analítico se encontra em plano hierárquico superior àquela. Ambas as assertivas estão equivocadas; ou no mínimo, confusas doutrinariamente.

Com efeito, os direitos de personalidade, de intimidade e de privacidade, pelo caráter de inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis caracterizam-se como verdadeiros apanágios da dignidade da pessoa humana. A proteção a mencionados institutos representa em verdade garantia de desenvolvimento psíquico, intelectual, moral, social profissional e familiar da pessoa humana. Estão, portanto, na gênese dos Estados Constitucionais e são fontes irradiadoras da soberania popular.

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

### **3. A CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ESCOPO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS A HONRA E A IMAGEM**

Desde tempos remotos que o homem busca um equilíbrio com capacidade de sustentar as relações sociais, visando preservar uma equilibrada simetria social – resguardando de um lado, o interesse da coletividade; e, de outro, a identidade de cada cidadão, dentro de um plano individual em determinada sociedade.

Assim, se a liberdade de expressão caracteriza-se por ser um direito inato do homem, os de personalidade, intimidade e privacidade também o é, bem como integram neste aspecto o ramo do jusnaturalismo – logo preexistente ao direito posto. São direitos que nasceram com o homem, são integrados à condição humana. Conquanto os povos da antiguidade clássica não tenham cuidado da personalidade, da intimidade e da privacidade em suas estruturas jurídico-sociais, a sensibilidade à dignidade da pessoa humana já era força latente naquele tempo, como se pode observar nas reflexões gregas dos sofistas e dos socráticos.

Protágoras, um dos sofistas mais expressivos, afirmava que “o homem é a medida de todas as coisas, das que são como são e das que não são como não são”. Já Sócrates, de formação sensivelmente humanística, asseverava o preceito do “conhece-te a ti mesmo”. Com Sócrates nasce a Ética. Todavia, a dignidade da pessoa humana veio a ganhar densidade e matriz sociológico-política com a assunção do Cristianismo e a difusão de seus

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

postulados. De base axiológica e ética, apresentava o homem como um ser digno, ao tempo em que resolvia a ideia do mal. O viés do homem cristão é o da solidariedade social, o da igualdade de todos pelos valores da dignidade humana, o da liberdade na qualidade do bem supremo, o da justiça como sentimento do justo, e em última análise, de caracterização da dignidade da pessoa humana como matrizes valorativas de organização social.

Os vetores inaugurados pelo Cristianismo viriam a motivar um novo paradigma social, levando-o a uma prática de proteção aos direitos humanos como princípio maior de toda e qualquer sociedade livre. Para Cotta e Funes (2007, p. 2), o modelo definido pela orientação cristã para a dignidade da pessoa humana revela que,

De acordo com a filosofia Cristã, a dignidade da pessoa humana é decorrente da própria natureza divina do homem, ou seja, o homem em razão de conter em seu ser (material ou espiritual) parte daquilo que é chamado de essência divina, deve ser considerado como ente digno. A dignidade é a quota divina que todo homem possui, é elemento indissociável, e por si só, é capaz de fundamentar a existência de direitos e garantias fundamentais outorgados à proteção do gênero humano.

São Tomaz de Aquino e Immanuel Kant foram outros grandes contribuintes da doutrina da dignidade da pessoa humana. Nesse rol temático asseverou Aquino que: “[...] o termo

dignidade é algo absoluto e pertence à essência.”<sup>4</sup> Enquanto Kant preconizou: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.”<sup>5</sup>

Esse manancial filosófico serviu de inspiração para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, que, pelo comando de seu artigo 12º, fez constar: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana ganhou status de fundamento da República Federativa, estando prevista no inciso III, do artigo 1º, da CF/88. Não há que duvidar, portanto, a representatividade e importância dos elementos formadores da dignidade da pessoa humana, que *de per si*, amolda toda a proteção que os direitos de personalidade, de intimidade e de privacidade buscam garantir ao homem, na sua dimensão mais íntima, e que o identifica enquanto cidadão, membro de uma coletividade. Todavia, a CF/88 também cuidou de forma mais específica dos direitos a honra/imagem, a intimidade e a privacidade, tratando-os com a dignidade constitucional – elevando-os a condição de cláusulas pétreas. Assim, segundo

---

<sup>4</sup> MOTA, Sílvia. **Enciclopédia virtual de bioética e biodireito**. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopedia/biobio/artigosbiobio/principio-dignidadehumana.htm>. Acesso em 07/11/2011.

<sup>5</sup> QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant>. Acesso em 07/11/2011.

revela o inciso X, do artigo 5º da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A liberdade de expressão, assim como outro direito, ainda que da classe dos fundamentais, não se projeta no meio social como absoluto, supremo e intocável. Ao revés, encontra limites no exercício de outros direitos, não menos fundamentais ou essenciais para uma democracia e para o exercício das liberdades públicas. Essa mesma regra vale para os direitos de personalidade, de intimidade e de privacidade, ou seja, relativizam-se na moldura do equilíbrio constitucional. O rol de direitos fundamentais declarados na CF/88 movimenta-se como um complexo sistema político-jurídico de garantias, cuja simetria é fator preponderante e indispensável à atividade real de todo o modelo constitucional. Cada peça desse sistema funciona na medida e na extensão de sua capacidade, a fim de permitir que todas as demais também cumpram a sua função político-jurídica, e, por fim, que a CF/88 tenha efetividade plena, objetivo final do Estado Constitucional.

Mendes (2009, p. 409) ainda ressalta que,

A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status. O constituinte brasileiro, no art. 220, da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação,

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV).

Estreitamente associado à liberdade de expressão está os direitos a imagem/honra, a intimidade e a privacidade, devendo o exercício dessa liberdade de expressão encontrar limites no respeito aos demais direitos assegurados constitucionalmente, como defende Nuno e Souza *apud* Tavares (2009, p. 601-602) – vislumbrando, ainda, a necessidade de zelar pela dignidade humana e abolir a utilização abusiva dessa espécie de liberdade. Surge daí a necessidade de relativização desses postulados, para diante do caso concreto ser ponderado qual desses direitos deverá ter prevalência na resolução do conflito social.

Considerando que a CF/88 condensa todas as potências da sociedade, exercendo ela própria essa expressão normativa através de sua legitimação, há que sempre preponderar – em

qualquer caso – o espírito constitucional. Hesse (1991, p. 5), analisando sua força normativa, assevera que a ideia constitucional

[...] transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Sendo esse, pois, o espírito da CF/88, a força normativa deve imperar diante dos conflitos sociais, e parece que a referência jurídica para deslindar o aparente conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, de intimidade e de privacidade está identificada; portanto, pronta para emanar o seu comando hermenêutico com vistas à pacificação do debate jurídico e social. Aproxima-se, pois, desse plexo dialético, o remate que todos os princípios constitucionais têm eficácia plena, porém são relativizados para harmonizarem-se dentro da unidade da Constituição, tendo a representação constitucional como reunião de todas as vontades dessa sociedade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A seguir, o raciocínio derivado da força normativa da Constituição – essa liberdade de expressão em toda a sua

**As Garantias Fundamentais Como Instrumento Social de Concretização...**

magnitude –, deverá ser usada para informar ao público os casos e fatos do cotidiano, emitir críticas que interessam à coletividade mais do que ao privado e servir de veículo fiscalizador dos interesses públicos. Ainda mais, quando seja expressão das convicções políticas, ideológicas, religiosas, profissionais de um cidadão ou de uma agremiação intelectual, artística, de classe, etc. devem cumprir sua finalidade social. Observa-se, ainda, uma grande luta pela prevalência à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade – quando a liberdade de expressão afastar-se do interesse público e trilhar os caminhos escusos do achaque, da desmoralização à personalidade, à moral e à ética, das vinditas privadas, das acusações levianas, da incitação à delinquência, da manipulação política, da distorção dos fatos, da discriminação, do racismo, dentre outros sentimentos desagregadores de igual envergadura.

Ressalte-se ainda que, em decorrência de ser direito fundamental e, nesta condição, gozar de materialidade plena, o regime de liberdades públicas e, em especial, do direito de opinião, não convive com a exrecência do instituto da censura. São postulados que gravitam em hemisférios opostos. Assim, qualquer responsabilização pelo abuso da liberdade de expressão só poderá ocorrer, seja na seara cível, administrativa ou penal, *a posteriori*, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicado em 06-11-2009.

Em conclusão, é possível asseverar que tanto a liberdade de expressão quanto os direitos de personalidade, de intimidade e de privacidade são prerrogativas inatas do ser

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

humano, preexistindo ao direito posto. É oportuno afirmar que todos esses direitos gozam de máxima eficácia e harmonizam-se na unidade da Constituição. A concretização da vontade constitucional é a linha fronteira entre todos os princípios constitucionais e a garantia da supremacia do interesse público sobre o privado. Dessa forma, as questões com base principiológica apontam para um equilíbrio na relação jurídica entre liberdade de expressão e direitos de personalidade – buscando entender que nessa relação os direitos personalíssimos devem receber a tutela do Estado no afã de ver garantido a sua intimidade e privacidade – rol de direitos fundamentais que estão estampados na CF/88. Assim sendo, há que aprofundar esse entendimento, haja vista que o diploma legal regulador dessa temática (a Lei nº. 5.250, de 1967 – julgada inconstitucional pelo STF, através da ADPF 130/DF) não mais possui eficácia jurídica para promover seus efeitos no ordenamento pátrio.

## REFERÊNCIAS

COSTELLA, Antonio F. **Comunicação**: do grito ao satélite. 4ª. ed. Campos do Jordão, SP: Mantiqueira, 2001.

COTTA, Elisabete Moraes; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **Da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1441/1377>>. Acesso em 07/11/2011.

Declaração universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 07/11/2011.

DOUGLAS, Willian O. **Uma carta viva de direitos**. Tradução Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, 1963.

GIOVANNINI, Giovanni. **Evolução na comunicação**: do sílex ao silício. Trad. Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTA, Sílvia. **Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/principio-dignidadehumana.htm>>. Acesso em 07/11/2011.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 757, 31 jul. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7069>>. Acesso em: 07/11/2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



# OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS E A PRISÃO PREVENTIVA SOB À LUZ DO MODELO GARANTISTA

Mícael Nicolás Henderson Rodrigues e Moura<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar o processo penal sob a ótica do Modelo Garantista, traçando novo paradigma para a aplicação dos mecanismos acauteladores do processo (sobremaneira a prisão preventiva) sob a égide dos Direitos Humanos, concretizados por meio da observância aos direitos e garantias individuais salvaguardados pela Carta Magna de 1988. Busca, ainda, dar enfoque aos já conhecidos (mas não consagrados efetivamente) princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, e, ao fim, propor novas diretrizes para a atuação estatal quando deparado com a persecução penal.

**Palavras-chave:** garantismo; prisão preventiva; devido processo legal; presunção de inocência; direitos humanos; direitos fundamentais.

**Abstract:** The presente work seeks to analyse the penal process under the optic of the model garantist, drawing a new paradigm to the application of cautionary mechanisms of process under aegis of human rights achieved through observance to the Individual rights and guarantees preserved by Fundamental Law of 1988. It seeks, still, to give to the already knowed begininings of due juridical process and of presumption of innocence, and, finally proposes new routes to the estatal performance when It came across with criminal prosecution.

**Key-Words:** Guarantism; Preventive detention; Due juridical process; Presumption of innocence; Human rights; Fundamental rights

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp de Campo Grande/MS e Pós-Graduado no Curso de Especialização em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, atualmente exercendo as funções de Assessor Judiciário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

## 1. INTRODUÇÃO

Não obstante os avanços da Constituição Federal de 1988, concebida num ambiente de esperança democrática e de grande civilismo, com o país se livrando das amarras de uma implacável ditadura militar, o legislador brasileiro, várias vezes após seu advento, tem demonstrado o desapareço com os valores sacramentados pelos constituintes originários.

Durante as últimas duas décadas, no afã de responder às demandas das massas, que, diante de um sentimento crônico de insegurança, clamam por políticas públicas mais rígidas para certos tipos de crimes, nossos congressistas aprovaram normas penais que fazem praticamente cair por terra justamente aqueles os princípios mais basilares do Processo Penal.

Leis que definiam crimes como tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo, dentre outros, taxados como “as raízes de toda a violência” no Brasil, sofreram modificações que permitiram a hipertrofia das prisões processuais, ao vedarem, expressamente, a possibilidade de concessão da liberdade provisória, instrumentalizando o Estado brasileiro para as várias “guerras” alardeadas pelos quatro cantos do país – guerra ao tráfico, guerra às armas, etc.

Na esfera do Poder Judiciário, multiplicaram-se os casos de interpretação extensiva de conceitos legais que, desde seus nascedouros, eram incabíveis de relativização, como os pressupostos/requisitos para decretação da prisão preventiva de um réu. Juízes e Tribunais, empregando termos vagos como “clamor social”, “gravidade do crime” e “prestígio do Poder **Direitos Humanos...**

Judiciário”, ainda hoje fundamentam, seja diretamente, seja por vias transversas, decisões de manutenção ou decretação da custódia cautelar sem que estejam presentes as hipóteses definidas por lei para a utilização deste mecanismo.

Sílvio César Arouck Gemaque, debruçando-se sobre a temática, denuncia que

a desgraça das medidas cautelares foi seu desvirtuamento de medidas essencialmente preventivas para verdadeira antecipação da pena ou de defesa social, conferindo às medidas cautelares os mesmos fins e o mesmo conteúdo das penas definitivas.<sup>2</sup>

Herval Sampaio Jr. e Pedro Caldas Neto, na mesma senda, concluem que

Infelizmente, neste campo, do processo criminal, o fato é que com a sua tão-só deflagração, se fala primeiro de prisão e só depois de liberdade, descurando-se por completo dos anos de evolução cultural que, se não nos permite avançar ao nosso tempo, incute-nos quanto à necessidade premente de pelo menos acompanhar tal estágio evolutivo da sociedade humana.<sup>3</sup>

As consequências deste hipertrofiamento das prisões processuais, com efeito, não tardaram a aparecer. Segundo o

---

<sup>2</sup> GEMAQUE, Sílvio Cezar Arouck. Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 80.

<sup>3</sup> CALDAS NETO, Pedro Rodrigues; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2007. p 306.

Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, até dezembro de 2008 havia 446.687 presos no Brasil, dos quais 191.949, nada menos que 42,97% (quarenta e dois vírgula noventa e sete por cento), eram presos provisórios. Em alguns Estados da Federação, como Alagoas, este percentual alcançava inacreditáveis 77,10% (setenta e sete vírgula dez por cento) de presos cautelares, ou seja, pessoas não condenadas perfaziam quase 4/5 (quatro quintos) da população carcerária daquele estado.

A Organização das Nações Unidas – ONU, em visita realizada ao país, no ano de 2013<sup>5</sup>, constatou que, até junho de 2012, existiam no Brasil cerca de 550.000 detentos, dos quais aproximadamente 217.000, quase 40% (quarenta por cento) eram presos processuais.

No “Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas”<sup>6</sup>, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão internacional vinculado à Organização dos Estados Americanos – OEA, analisando tanto os dados disponibilizados pelo governo brasileiro como aqueles colhidos, em visitas/inspeções, por entidades supranacionais, apontou que, de 2009 a 2012, dentro do aumento do universo de presos no Brasil, o número de encarcerados provisoriamente teve incremento maior do que o de presos condenados:

---

<sup>4</sup> Relatório do Sistema Carcerário Nacional – 2º Encontro Nacional do Judiciário – Belo Horizonte/MG – 16/02/2009.

<sup>5</sup> ONU; Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias; Comunicado à imprensa sobre conclusão da visita ao Brasil; 28 de março de 2013.

<sup>6</sup> CIADH; Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas; Dezembro de 2013.

Brasil es el segundo país de la región, luego de los EEUU, con la mayor cantidad de personas privadas de libertad con 549,577 a mediados de 2012, de los cuales 508,357 estaban en el sistema penitenciario y 41,220 bajo custodia de las policías estatales; de ese total de presos bajo custodia del sistema penitenciario 191,024 estaban en prisión preventiva. Entre junio de 2009 y junio de 2012 el número total de personas privadas de libertad se incrementó en un 17.04%, la población penal del sistema penitenciario en un 24.21% y la población de personas en prisión preventiva en un 27,76%. También es relevante observar que el 27.2% de la población penal en custodia del sistema penitenciario está entre los 18 y 24 años de edad.<sup>7</sup>

Esses dados, quase auto evidentes, indicam que apesar das recentes modificações legislativas e da evolução das correntes jurisprudenciais, muitos acusados ainda são encarcerados preventivamente sem a devida fundamentação legal, unicamente pelo fato de terem sido presos em flagrante, responderem a outros feitos criminais, terem “perfil criminoso” ou, até mesmo, serem “conhecidos no meio policial”.

Numa época em que a única resposta de nossos parlamentares aos reclames sociais por mais segurança pública é a aprovação de leis penais e processuais penais mais rígidas, se faz mais uma vez necessário o debate sobre institutos da prisão preventiva e liberdade provisória.

---

<sup>7</sup> Ibidem; par. 59; p. 27.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA VS. LIBERDADE PROVISÓRIA

Não é de hoje que se discute a prisão preventiva e a liberdade provisória, seja sob a ótica da Constituição Federal, no que tange aos princípios por ela assegurados, seja no âmbito da legislação ordinária.

Embora seus contornos possam estar definidos em normas infraconstitucionais, estas devem estar em conformidade com a Carta Magna, sob pena de serem varridas do ordenamento, em virtude do verme da inconstitucionalidade. Não por outro motivo, Sidney Eloy Dalabrida já advertia que “todos os institutos jurídicos modernos somente possuem eficácia e legitimidade quando, em sua aplicação, são baseados nos princípios constitucionais que os regem e determinam seu funcionamento”<sup>8</sup>.

O Estado, numa sociedade democrática, busca salvaguardar, por meio do Direito Penal, certos bens jurídicos tidos como primordiais pela vontade da maioria, vontade esta manifestada diretamente ou através de representantes do povo, investidos de tal poder conforme preceitua a ordem constitucional. A escolha desses bens jurídicos penalmente agasalhados, noutra senda, deve pautar-se, obrigatoriamente, na constatação de que outros ramos do Direito não lograram êxito em protegê-los adequadamente. Trata-se, portanto, da intervenção mais veemente do Estado na esfera privada, razão

---

<sup>8</sup> DALABRIDA, Sidney Eloy. Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 51.

pela qual, costumeiramente, diz-se que o Direito Penal é a última *ratio*.

Em seu *animus* punitivo, no entanto, o Estado, não havendo freios em seu papel de protetor dos sobreditos bens jurídicos, tende a manifestar-se de maneira desproporcional e desarrazoada aos indivíduos os quais, em tese, se contrapõem à Ordem vigente, fazendo uso de mecanismos processuais que, desatrelados das diretrizes constitucionais, passam a subsistir autonomamente, desvirtuando a acepção de que processo de atribuição da culpa penal é meio e não um fim em si mesmo.

O Direito Processual Penal, nesse contexto, surge como um direito instrumental, que inobstante possua regras próprias, tem como fim último a devida realização do Direito Penal. Muito mais que no campo civilista, o processo, na esfera penal, assume, nos dizeres de Ricardo Jacobsen Gloeckner, um papel garantidor dos direitos dos acusados:

(...)no processo penal, no qual inexistente lide e muito menos é possível admitir-se a flexibilização e renúncia a direitos fundamentais, a forma representa a concretização daqueles direitos de índole fundante da instrumentalidade constitucional do processo penal. Não há um objeto de tutela símile ao se falar de processo civil e penal. A construção artificial de um objeto genericamente amoldável a servir de amparo teórico para a teoria geral do processo é a resultante deste culto à “ciência do processo” em detrimento da resposta oferecida. No processo penal, a forma é garantia e, como tal, representa a

**Os Princípios Constitucionais Penais e a Prisão Preventiva...**

observância e materialização das cláusulas constitucionais, cujo âmbito de proteção recai sobre a parte hipossuficiente em primeiro plano.<sup>9</sup>

Aqui, ao longo de nossas várias Constituições, culminando com a Carta de 1988, os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, foram se firmando como corolários da sociedade civilizada, uma vez que garantiam ao indivíduo a proteção contra as arbitrariedades do Estado, no que diz respeito à aplicação das leis penais.

Esses princípios, referenciados ainda no brocado jurídico da aplicação da lei penal — *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla Lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine judicio, nullum judicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*<sup>10</sup> —, têm como um de seus desdobramentos a garantia de o acusado criminalmente ver-se em liberdade, até que uma sentença condenatória, transitada em julgado, proferida por um agente estatal legitimado pela Constituição para tal, possa tolher-lhe este direito primordial.

Nessa mesma linha, tem-se a brilhante lição do Ministro Celso de Mello:

---

<sup>9</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 457.

<sup>10</sup> “Não há pena sem crime, não há crime sem lei, não há lei sem necessidade, não há necessidade sem ofensa, não há ofensa sem ação, não há ação sem culpa, não há culpa sem juízo, não há juízo sem acusação, não há acusação sem prova, não há prova sem defesa.”

A submissão de uma pessoa á jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria existência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine*

*judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.<sup>11</sup>

Inseridos nesta conjuntura e norteados pelas diretrizes acima balizadas, mecanismos processuais penais, como a prisão preventiva, configuram ferramentas das quais faz uso o Estado para evitar a contaminação do processo e garantir que a lei (penal) seja cumprida. O encarceramento precoce, não obstante, sendo medida excepcional que é, deve estar estritamente circunscrito aos dispositivos legais que sobre ele dispõem, e estes, igualmente, atrelados aos princípios constitucionais refreadores da atuação estatal.

### **3. DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Durante a evolução normativa que se operou nas sociedades, principalmente ocidentais, ao longo dos últimos séculos, intensificada com a instituição do Estado Moderno e, após a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pouco a pouco se formou e firmou o que hoje entendemos como princípio do devido processo legal ou, em inglês, *due process of Law*<sup>12</sup>, que é, em apertada síntese, à

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso de. Voto proferido no julgamento do *Habeas corpus* nº 73.338/RJ *apud* CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15.

<sup>12</sup> A doutrina majoritária entende que este princípio, como hoje o entendemos, surgiu na Inglaterra, por ocasião da Carta Magna, concebida sob o reinado de João “Sem Terra”, no início do século XIII. Mais tarde, ingressou nas “Cartas Coloniais” da América do Norte e 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos.

sujeição do Estado soberano às regras previamente estabelecidas por seu povo para que ele exerça sua interferência nas vidas (mais precisamente, nos direitos) dos indivíduos.

A própria acepção de Estado de Direito está enlaçada neste princípio e a maioria das civilizações regidas por um Estado Democrático o prevê expressamente, reconhecendo-o inclusive como um direito inerente à pessoa humana. No Brasil, por conseguinte, esse processo evolutivo do princípio do devido processo legal refletiu-se na Constituição Federal de 1988 que o reconhece em seu art. 5º, LIV<sup>13</sup>, topograficamente pertencente à categoria dos direitos e garantias individuais fundamentais.

Sobre ele, assim dispõe o festejado doutrinador brasileiro Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, á revisão criminal).<sup>14</sup>

Como bem observa Carlos Roberto Siqueira Castro, este princípio, “apesar de sua inicial característica como cláusula processual e judicial, ganhou foros gerais, estendendo-se a

---

<sup>13</sup> “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

outros âmbitos do Estado, alcançando até um aspecto substancial<sup>15</sup>”.

Acerca de seus laços com o princípio da legalidade, resta inegável que o devido processo legal tem nele suas raízes e, já que em sua ausência, seria, no mínimo, inócuo. O processualista Júlio Fabbrini Mirabete explica:

O princípio da legalidade é identificado como a exigência de uma lei reguladora anterior ao fato praticado, implicando no campo penal a exigência de uma forma preestabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo.<sup>16</sup>

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, nasceu em decorrência da constatação de que o Estado, não havendo freios em seu proceder, podia utilizar-se do processo penal, se valendo de uma aparente legalidade, para manter presas pessoas meramente acusadas do cometimento de um crime, sem que, no entanto, existisse contra estas uma decisão judicial condenatória irrecorrível ou elementos que realmente justificassem a constrição cautelar de suas liberdades.

Além de previsto expressamente em nossa Constituição, no art. 5º, LVII<sup>17</sup>, também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XI, nº 1:

---

<sup>15</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira *apud* GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Op. cit.* p. 90.

<sup>16</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini *apud* CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

<sup>17</sup> “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A razão de ser desse princípio repousa no argumento de que cabe ao Estado comprovar a indubitavelmente a culpabilidade do acusado para só então estar apto a aplicar a reprimenda prevista na Lei Penal. Sob outro prisma, impede que o Estado restrinja, antes de obedecidos todos os trâmites do processo penal, os a liberdade do réu. Nessa mesma direção, temos os ensinamentos de Delmanto Júnior, quando este expõe que

negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como o único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada.<sup>18</sup>

Eugênio Pacceli de Oliveira, nesta mesma linha, expõe que o estado de inocência “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo isto é, a prisão, quando não fundada em

---

<sup>18</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto *apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 72.

razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.”<sup>19</sup>

Comentando a Constituição italiana, Ferrajoli também tece os seguintes comentários a respeito do princípio da presunção de inocência:

O quarto princípio incluído na nossa definição é a garantia processual da presunção de inocência do imputado até que prova contrária justifique a condenação (art. 27 da, caput, da Constituição: “o imputado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”). Se é verdade que a verificação dos crimes e a aplicação das penas são possíveis apenas com sentença de condenação sucessiva a um processo, processo e condenação são condições em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado, mas inocente, e não é suscetível de lhe ser aplicada uma pena nem que seja a título preventivo ou cautelar. Disso segue o corolário de que *o ônus da prova pertence à acusação (nulla accusatio sine probatione)*: isto é, aquela regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado.<sup>20</sup>

E ainda:

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23/24.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 676.

**Direitos Humanos...**

Disso decorre — se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias — que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.<sup>21</sup>

O princípio da presunção de inocência constitui, portanto, além de alicerce a toda persecução penal, um verdadeiro direito subjetivo do acusado (advindo de sua condição humana), que deverá ser tratado durante o processo como se inocente fosse, ainda que, ao final deste, seja declarado culpado. O réu, assim, só poderá ser penalizado quando efetivamente pesar contra si sentença condenatória transitada

<sup>21</sup>

*Ibidem*, p. 506.

em julgado, assertiva que será excepcionada unicamente em casos singulares, previstos em lei.

Como se percebe, nenhuma dessas concepções é inovadora ou revolucionária, já figurando como objetos de inúmeros debates e estudos jurídicos ao longo dos séculos. O que ora se denuncia é que, a despeito disso, a teoria não vem sendo (talvez nunca tenha, de fato, sido) aplicada na prática. Como dizem Sampaio Júnior e Caldas Neto,

(...) não se pode mais tolerar a convivência complacente com um direito fundamental constitucional de faz-de-conta: ou o Poder Judiciário aplica a Constituição, à custa da legislação infraconstitucional que com esta confronte, ou se paga de vez o preço, quiçá irre recuperável, da perda definitiva da legitimidade política que ainda se espera da Jurisdição.<sup>22</sup>

#### 4. DO MODELO GARANTISTA

Bem resume José Eduardo Iop, ao pontificar que o garantismo

é um modelo penal que busca fortalecer o direito penal mínimo, através de critérios racionais e cívicos à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta

---

<sup>22</sup> CALDAS NETO, Pedro Rodrigues; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Op. cit.*, p 308

que coloque a “defesa social” acima dos direitos e das garantias individuais.<sup>23</sup>

Além dessa definição, Ferrajoli aponta ainda outras duas que, juntamente com a citada, se justificam e se completam:

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “*validade*” e da “*efetividade*” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “*existência*” e “*vigor*” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exige uma aproximação teórica que mantem separados o “*ser*” e o “*dever ser*” no direito; e aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tedentemente garantistas) e práticas operacionais (tententemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia — dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica — que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.<sup>24</sup>

(...)

Segundo um terceiro significado, por fim, “*garantismo*” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o

---

<sup>23</sup> IOP, José Fernando. Garantismo Penal. Portal “shvoong”, 13 set. 2009.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 786.

garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “*ser*” e o “*dever ser*” do direito. Equivale á assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.<sup>25</sup>

Para fins didáticos, e partindo desses pressupostos, podemos dizer que o garantismo tanto pode ser encarado como uma série de diretrizes as quais o Estado deve se balizar, como uma filosofia ou método justificador da aplicação da Lei.

No âmbito penal, mais especificamente, permite aos operadores do Direito — legisladores, juristas e autoridades executivas — a efetivação do *animus* punitivo estatal dentro do revestimento constitucional de respeito aos Direitos Humanos. Dessa maneira, a adoção do modelo garantista diz respeito a todos os entes envolvidos no *jus puniendi*.

Ao Poder Legislativo, impõe a observância dos princípios contidos na Carta Magna no momento da elaboração das leis, não apenas na acepção formal do rigor do processo legislativo, mas também no que concerne à chamada constitucionalidade material da norma. Em sendo assim, leis que não atendam as exigências garantistas não devem ser criadas, ou sequer aprovadas nas comissões constitucionais das casas legislativas, sob pena de nascerem contaminadas com o vício da

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 787.

inconstitucionalidade material, mesmo que o processo legislativo tenha obedecido todos os trâmites formais.

No que diz respeito à Jurisdição, impõe ao julgador — principalmente ao juiz singular — que não mais aplique cega e cruamente o texto legal, mas faça uma interpretação/aplicação garantista, à luz dos preceitos constitucionais que regem o Direito Penal, usando corretamente os institutos colocados a serviço do Estado-Juiz para a devida e efetiva aplicação da Lei. Noutras palavras, ao deparar-se com uma norma que vai de encontro a tais princípios, deve o magistrado subvertê-la, sob pena de passar a agir arbitrariamente, fora do manto da constitucionalidade.

Em último lugar, a atuação garantista deve nortear também a atividade direta da Administração, ou seja, o Poder Executivo, no sentido de ser evitada a promoção de políticas públicas meramente policiais e/ou de cunho explicitamente maquiador. Na mesma senda, importante salientar que sendo a autoridade policial/executiva o “braço” estatal mais próximo dos fatos e dos agentes supostamente delituosos, cabe a ela, antes de qualquer outro ente, zelar pela observância dos direitos e das garantias individuais dos acusados.

Nessa ótica, o garantismo serve de balança e lupa, para sopesarmos e identificarmos as discrepâncias que, como assevera Ferrajoli, existem entre o campo constitucional (normativo) e o campo prático:

uma constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e pelos direitos que sanciona e, sem

**Os Princípios Constitucionais Penais e a Prisão Preventiva...**

embargo, não passar de um pedaço de papel se carecer de técnicas coercitivas — garantias — que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.<sup>26</sup>

A adoção, portanto, de um modelo ou sistema garantista de intervenção penal estatal, busca o fim último de adequação do Estado punitivista aos mandamentos constitucionais e, por conseguinte, garantir que as reprimendas legais sejam cumpridas a contento, constituindo, assim, uma linha de aplicação do direito onde a paz social é salvaguardada ao mesmo tempo em que os direitos e garantias individuais são protegidos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma análise crítica da atual situação do sistema carcerário nacional, se pode concluir que, apesar dos avanços alcançados pela Constituição Federal de 1988, esta vem sendo ignorada desde seu nascedouro, uma vez que surgiram leis que subverteram postulados mais basilares do Direito Penal moderno como, por exemplo, a presunção de inocência.

Observa-se, portanto, que a única maneira de adequar a aplicação do direito no campo prático — incluindo o da criação legislativa — à Constituição e aos Direitos Humanos é a utilização do modelo ou método garantista de observância aos princípios e direitos fundamentais.

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI *apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 50.

Tomada essa decisão, imperativa se torna a constatação *prévia* dos requisitos/pressupostos legais para que, só então, se mantenha encarcerado cautelarmente qualquer cidadão acusado de um ilícito penal.

Por conseguinte, é premente a superação do reflexo impopular da adoção do modelo garantista, que, sob nenhum aspecto, pode ser considerado sinal de fraqueza ou conivência estatal. Grande parte dos meios de comunicação em massa (não todos eles, portanto), deve ser ignorada, pois, sem absolutamente qualquer base empírica, vende a falsa imagem de que o problema da criminalidade pode ser resolvido apenas com o endurecimento da atuação policial, pelo aumento das penas e pela diminuição dos direitos constitucionais dos réus.

Qualquer um que se levante contra o “sistema” — juiz, promotor, advogado, político, jornalista, etc. —, e adote verdadeiramente um discurso garantista (e que, principalmente, aja neste sentido) terá de ser firme o bastante para administrar as pressões sociais e midiáticas.

Com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que, regulamentando as medidas cautelares diversas da prisão<sup>27</sup>, inaugurou um novo paradigma no processo penal brasileiro, finalmente os juízes tem à mão ferramentas proporcionais e capazes de permitir um curso regular do processo de formação da culpa, sem necessidade imediata de se recorrer às custódias

---

<sup>27</sup> Comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso a determinados lugares; proibição de aproximação ou contato com determinadas pessoas; suspensão do exercício da função pública; dentre outras;

cautelares, ficando estas, apenas e tão somente, como último recurso processual.

O magistrado, nesta conjuntura, ocupa o papel central na mudança desse paradigma, pois é ele quem interpreta as leis, adequando-as à Constituição e aos tratados de Direitos Humanos aos quais o Brasil é signatário, aplicando, assim, o Direito ao caso em concreto.

A cruzada contra o câncer da hiperutilização da prisão preventiva não deve se abalar pelo discurso de ódio e segregação com os quais somos diariamente bombardeados. Utilizando as palavras de uma das maiores mentes literárias que o mundo já viu,

(...)enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscricção social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século – a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia da cranaça pela ignorância – não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria (...)<sup>28</sup>

trabalhos como este serão importantes.

---

<sup>28</sup> HUGO, Victor. *Les misérables*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa e Barros. São Paulo: Cosac & Naify, 2002. p. 21.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. CNJ. Relatório do Sistema Carcerário Nacional – 2º Encontro Nacional do Judiciário** – Belo Horizonte/MG – 16/02/2009. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario>>. Acesso em 18 dez. 2014.

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

Acesso em 13 jun. 2012.

**CALDAS NETO, Pedro Rodrigues; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional.** 1ª Ed. São Paulo: Método, 2007. p. 306.

**CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15.

**DALABRIDA, Sidney Eloy. Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 51.

**FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

**GEMAQUE, Sílvio Cezar Arouck. Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar.** São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 80.

**GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular.** Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 457.

**HUGO**, Victor. *Les misérables*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa e Barros. São Paulo: Cosac & Naify, 2002. p. 21.

**IOP**, José Fernando. **Garantismo Penal**. Portal “shvoong”, 13 set. 2009. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1928623-garantismo-penal/>>. Acesso em: 03 jul. 2012.

**MORAES**, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

**OEA**. CIADH; **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**; Dezembro de 2013; Disponível, em espanhol, em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2014.

**OLIVEIRA**. Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-24.

**ONU**. Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias; **Comunicado à imprensa sobre conclusão da visita ao Brasil**; 28 de março de 2013; Disponível, em inglês, em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13197&LangID=E>>. Acesso em 18 dez. 2014

# DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COTEJO COM OS DIREITOS HUMANOS

Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo realiza um contraponto entre a teoria do direito penal do inimigo e os direitos humanos, trazendo as concepções predominantes nessas correntes de pensamento que envolve o fenômeno jurídico, a fim de, nesse cotejo crítico, apresentar em que termos se adequa aquela teoria ao contexto contemporâneo, no que diz respeito à tutela penal e à defesa dos direitos humanos. Como hipótese de pesquisa, trabalha-se a ideia da existência de conflitos entre essa teoria do direito penal e os reclames oriundos das concepções acerca dos direitos humanos. Contudo, vê-se que a argumentação jurídica pode conquistar espaços para a recepção daquela teoria para o combate ao “terror”, inclusive valendo-se da retórica dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direito penal do inimigo; direitos humanos.

**Abstract:** This article provides a counterpoint between the theory of criminal law of the enemy and human rights, bringing the concepts prevalent in these schools of thought surrounding the legal phenomenon, so in this critical collation, presented in terms that suit that theory to contemporary context, with regard to guardianship criminal and human rights. As research hypothesis, working up the idea of the existence of conflicts between this theory of criminal law and advertisements from the conceptions of human rights. However, it is seen that the legal argument can conquer spaces for the reception of that theory to combat "terror", including drawing on the rhetoric of human rights.

**Keywords:** Criminal law of the enemy; human rights.

---

<sup>1</sup>Mestre em Ciências Sociais e Humanas (UERN - 2014). Especialista em Direitos Humanos (UERN – 2012). Professor Efetivo da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda uma teoria oriunda da década de oitenta do século passado, propalada como direito penal do inimigo. Surgida num contexto de combate mundial ao terrorismo e de clamor social, o seu expoente jurista é Günter Jakobs, o qual elaborou seu pensamento a partir do enredo internacional e do resgate de ideias contratualistas sobre o Estado.

A investigação deste fenômeno será acompanhada de críticas e reflexões advindas do pensamento predominante acerca dos direitos humanos, sobretudo numa leitura fundada na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Nesse sentido, a pesquisa contempla um cotejo entre estas formas de pensar a proteção da sociedade, tendo como hipótese de trabalho a tese de que há antagonismos evidentes entre o direito penal do inimigo e as conquistas humanitárias que influenciam a contemporaneidade.

Para tanto, o estudo divide-se em duas partes fundamentais. A primeira dedicada a apresentar noções básicas sobre o que se entende por direito penal do inimigo, seus caracteres e consequências; a segunda voltada mais para a análise dos direitos humanos como contraponto à citada teoria ou corrente de pensamento jurídico. A metodologia envolve a pesquisa documental indireta, eminentemente bibliográfica, com referências a artigos sobre o tema, valendo-se da dedução e indução, mormente da criticidade.

## 2. CONCEPÇÕES SOBRE DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Estado de Direito tal qual se concebeu na modernidade e com sua conformação vivenciada na contemporaneidade, decorreu de um longo processo histórico da humanidade. Neste caminhar, os povos e nações tanto orientais como ocidentais, experimentaram diversas formas de organização social e estágios ético-morais, os quais ditaram como normais comportamentos mais ou menos agressivos e beligerantes.

Neste sentido, costuma-se usar uma terminologia consagrada como “civilização” para definir como civilizada uma determinada comunidade em que se encontra mais equilíbrio em suas instituições sociais, fugindo às manifestações mais primitivas e instintivas do gênero humano, geralmente, relacionadas à violência.

Isso tem importância no presente debate, porquanto envolve uma determinada teoria do direito penal, denominada de direito penal de inimigo, num contexto de crescente repercussão das conquistas humanitárias consolidadas, juridicamente, nos tão propalados direitos humanos.

Em linhas gerais, sucintamente, o direito penal do inimigo considera que determinados seres humanos não merecem proteção jurídico-legal semelhante a outros, pelo fato de características da personalidade do agente inimigo o constituir como perigoso para o bem-estar social e, por isso, se torna digno de tratamento penal diferenciado.

Nas palavras de doutrinadores que exploram a temática<sup>2</sup>, tais inimigos sociais estariam desprovidos da qualidade de cidadãos, pois seu modo de viver seria dirigido para a criminalidade, suas concepções de mundo o fariam contumazes descumpridores das regras de condutas socialmente desejadas e legalmente plasmadas.

Nesta perspectiva, a supressão de garantias processuais e materiais, no sistema penal, seria legitimada pela condição (des)umana do viver do inimigo, já que este é concebido como indivíduo transgressor a ponto de não se investir em sua ressocialização como meta da sanção, a qual assume caráter de prevenção geral, como uma medida de segurança aplicada independentemente até, em dadas situações, da prática efetiva de uma lesão a determinado bem jurídico.

Regressando ao início deste tópico, pode-se propor uma contraposição desta teoria do direito penal do inimigo aos avanços da civilização contemporânea, na qual se caminha para reconhecer direitos aos seres humanos por sua condição humana em si, ao mesmo tempo em que estas conquistas são consagradas, pelo Estado de Direito, sob o prisma da legalidade e seus corolários (devido processo, presunção de não culpabilidade, ampla defesa, contraditório, etc.).

Por outro lado, considerando o direito como fenômeno cultural, ou seja, fruto de interações axiológicas humanas, por isso mesmo, carregado dos benefícios e malefícios de tudo o que é produzido pelo ser humano (seus vícios e virtudes), pode-se vislumbrar que a mutabilidade do direito, especialmente através

---

<sup>2</sup>JAKOBS, 2007; LEITE, 2007.

do câmbio da legalidade (positividade do direito), revela a capacidade que o jurídico tem de moldar-se às estruturas sociais, dialeticamente, além de moldar-se, fixa novas molduras sociais.

Assim, falar em direitos humanos é ter a ciência de que esses são construções humanas, advindas de lutas e jogos de poder de diversos matizes (político, econômico, religioso, etc.). Igualmente, a legalidade, que sustenta um dito Estado de Direito, é decorrente de disputas sociais e, em face disso, aberto a modulações circunstanciais da cultura comunitária, considerados tempo e espaço.

Portanto, a teoria do direito penal do inimigo surge num contexto que precisa ser conhecido para se explicar e até se justificar como fruto do pensamento de uma época e suas vicissitudes particulares. Após explorar seus contornos, devidamente contextualizados, as críticas, certamente, serão mais bem fundadas.

Como proposta de combate ao terrorismo, marcadamente após o episódio consagrado como o “11 de setembro”, nos Estados Unidos da América, como expoente doutrinário, Günter Jakobs tem elaborado construções teóricas que pretendem dividir o tratamento penal em dois. O primeiro seria um direito penal para o “cidadão (digno de garantias materiais e processuais) e outro, destinado àquele que com seus atos [perde] sua própria condição de cidadão (e, portanto, já não merece o cuidado do Estado no asseguramento de seus direitos)”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> (LEITE, p. 5366).

Para o citado autor, terrorista seria o criminoso por princípio, o delinquente de caráter cotidiano, autor de ilícitos por tendência, que rechaça a legitimidade do próprio ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

Diante desse quadro, a saída mais razoável é tratá-lo, assim como a outras classes de inimigos, como projeto humano fracassado, inviável de conviver com pessoas “normais”, em face do grande risco que representa para o meio social, segurança e estabilidade deste espaço público. Como resposta estatal, aplica-se um sistema de regras jurídicas que pressupõem este estado de periculosidade do agente, não importando tanto sua efetiva atuação danosa, pois sua personalidade já lhe impõe um tratamento preventivo.

Para o inimigo, o direito a recursos jurisdicionais é limitado, se referentes à defesa e ao prolongamento do trâmite processual. Uma vez detectado tratar-se de um inimigo, o regime de cidadania encerra-se e o Estado deve acautelar-se de que seres (des)umanos assim tenham liberdade para seu atuar criminoso.

Tratamentos de tortura não são considerados desumanos em face do inimigo, uma vez que este não é dotado deste predicado de humanidade (pessoa). Da mesma forma, os defensores do direito penal do inimigo sustentam o sigilo de dados processuais, a prisão antecipada, vedando-se a comunicação do detido.

Aplicada a “pena”, as garantias à progressão de regime e condicionais são restritas sobremaneira, haja vista que a

---

<sup>4</sup> (JAKOBS, 2007, p. 36).

delinquência, entende-se, está impregnada ao “ser” do chamado inimigo, pelo que sua soltura importa num risco iminente para a sociedade.

Esta proposta de Günter Jakobs é apontada como uma terceira velocidade do Direito Penal, numa sociologia do risco, pertencente a uma condição social insuportável que os próprios seres humanos criaram<sup>5</sup>.

Fugir desse estado de insegurança é a meta prioritária, mesmo que custe a “desumanização legal” de certos grupos de “ex-pessoas humanas”, excluídas dos atributos da cidadania, já que postas como inimigas da sociedade. A legitimação do poder é obtida pelo êxito em reduzir a sensação de insegurança, muitas vezes, criada pela mídia como produto vendável.

Como resultado da pressão, tipos penais surgem cada vez mais abertos e preventivos, flexibilizando o conceito de lesividade (por precaução, descarta-se a necessidade de dano efetivo), culpabilidade e imputação, uma vez que a formação da culpa é prévia (por ser o inimigo pré-concebido) e a imputação não depende do fato lesivo, mas do risco do agente em si (o atuar é o próprio “modo de ser” do “autor”).

Por faltarem, na sociedade contemporânea, valores e princípios morais que norteiem e normatizem condutas e sentimentos, como em sociedades menos complexas, o direito torna-se um centro sobrecarregado de demandas, findando por apresentar soluções mais simbólicas que, por vezes, concretas e práticas. São dadas as respostas pedidas, dentro dum quadro de possibilidades toleráveis. Legislar passa a ser um *hobby*

---

<sup>5</sup> (LEITE, p. 5367).

confortador, assim como clamar por leis passa a ser cidadania por excelência, tal o quadro de vitimização.

Esse quadro de vitimização é drástico quando se chega ao ponto de ignorar como os atores sociais (os “não-inimigos”) são corresponsáveis pelo estado das coisas. A vitimização chega a gerar ingenuidade que conduz à fácil mobilização da opinião pública, como massa de manobra para interesses diversos.

A falta de respeito à cidadania em outras instâncias sociais (habitação, educação, saúde, alimentação, etc.), o engessamento da burocracia administrativa e a industrialização do processo civil criam as condições propícias para formação dos inimigos.

A tutela penal deixa, assim, de ser a última via (*ratio*) e passa a ser conclamada a todo tempo.

Sem discutir ou mesmo discutindo e conhecendo as causas “capitalistas” de intolerância a mercados e culturas não abertas aos valores prevalentes, o direito penal do inimigo ataca os efeitos (pela prevenção geral) ao invés das causas. O inimigo, seja qual for o critério de definição, está pré-formatado. Resta, agora, prevenir a sociedade de seus atos.

Ao direito penal, especialmente do inimigo, não cabe discutir política, a não ser a política criminal de combater o risco e não suas origens, o que já seria reconhecer cidadania ao inimigo, uma vez que, na raiz, ele seria comparado aos concidadãos “de bem” e estes poderiam ter alguma contribuição para a personificação do inimigo.

O imediatismo da sociedade atual e a exigência de medidas utilitárias instantâneas impedem uma discussão mais

profunda. A “necessidade” de economia nas soluções culmina por onerar o tratamento das causas.

No direito penal do inimigo, estão presentes noções de pacto social (Hobbes, Kant e Rousseau), segundo as quais o indivíduo deve uma contraprestação ao Estado, como respeito à ordem jurídica instituída. Se o elemento se nega à obrigação contratual, se lhe impõe um tratamento que o desconsidere como pessoa apta a usufruir dos benefícios da comunidade: torna-se inimigo.

Neste estado, chega-se a afirmar que “pela falta de personalidade, a execução do criminoso ‘não [é uma] pena, mas só instrumento de segurança’”<sup>6</sup>. Por ter cometido crime de “alta traição”, o inimigo é rejeitado pela sociedade por ter rejeitado os estatutos desta mesma.

O título de pessoa é retirado do inimigo. Logo, falar em dignidade da pessoa humana ou em direitos humanos é antagonismo de ideias. Apenas são titulares de direitos humanos as pessoas humanas, dignas do *status* de cidadão.

Numa sociedade de risco, a pena aplicada ao inimigo é muito mais uma medida de segurança, com caráter de prevenção geral positiva<sup>7</sup>, para proteção de expectativa e não propriamente de bens jurídicos. Tutela-se o estado de (in)segurança contra o risco e o perigo. Como não há exigência de lesão efetiva, o processo pode não ter “fato” criminoso (ato efetivo de lesão a bem jurídico) a apurar, pelo que a sanção não é mesmo uma penalidade por um ato, mas por uma forma de ser do indivíduo.

---

<sup>6</sup> (JAKOBS, 2007, p. 26).

<sup>7</sup> (LEITE, p. 5372).

De certo, há concepções e modos de vida tidos, atualmente, como intoleráveis, por sua violência e intransigência, seja por desejos sócio e psicopáticos, seja por se basearem em crenças religiosas paramilitares ou em economia fundada no comércio de armamentos e substâncias que causam dependência química e afetam à saúde das pessoas.

Todavia, ao retirar os atributos da cidadania e normalizar-se a despersonalização de seres humanos, corre-se o sério risco de se fazer uma segurança tão intransigente que “cegue os olhos” para projetos de humanidade, de solidariedade, de compaixão, de investir e acreditar no ser humano, como ser dotado de vícios e virtudes que sofre influência do meio e se faz influenciador, seja configurado “inimigo” ou não de determinada comunidade política.

Uma atuação estatal coativa, excludente e incapacitante arruína a possibilidade de um futuro acerto do ser humano, pois em nome da segurança e do risco do que virá, a prevenção aniquila expectativas em nome dos que se ajustam a determinadas diretrizes, as quais se modificam constantemente.

Jakobs pontifica, de forma bastante incisiva, que no outro polo do direito penal do inimigo, seu oposto seria o direito penal do cidadão. Isso clarifica muito o pensamento reinante sobre esta problemática<sup>8</sup>.

Na segunda parte deste estudo, que confronta o direito penal do inimigo com o postulado de realização dos direitos humanos, será enfocada a dificuldade em se conceber uma teoria

---

<sup>8</sup> (JAKOBS, 2007, p. 40).

como esta em convivência com a internacionalização dos direitos humanos.

Tal é a dificuldade desta compatibilização que o combate ao terrorismo (bandeira e estandarte dos pensadores do direito penal do inimigo) e a preservação dos direitos e liberdades públicas apresentam-se como grandes desafios atuais<sup>9</sup>.

### **3. DIREITOS HUMANOS EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Para iniciar o tratamento do direito penal do inimigo em confronto com os direitos humanos, interessante trazer alguns dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O artigo segundo da referida declaração preceitua que:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Como se observa, o texto da Declaração parte da concepção de que todo ser humano é pessoa, vedando-lhe distinções entre umas pessoas e outras, seja qual for o critério. Reforçando essa ideia de universalidade dos direitos humanos, o

---

<sup>9</sup> (PIOVESAN, 2006, p. 30).

artigo 6.º define que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

A partir dessas previsões, a noção de direito penal do inimigo é, de plano, reprovável, porquanto este desconsidera a personalidade do ser humano e sua condição de cidadão por sua suposta ou comprovada periculosidade.

A denominação desta teoria carrega um forte conteúdo simbólico ao denominar certos indivíduos de inimigos da sociedade, o que se revela muito útil para atender aos reclames da opinião pública massificada e causar o *frisson* midiático tão mercantilizado hodiernamente.

Noutro quadrante, o termo “inimigo” culmina por se sujeitar a críticas severas das concepções consagradas sobre direitos humanos. Como recurso linguístico, a teoria, ao mesmo tempo em que ganha adesão, por “esculachar com legitimidade”, perde em persuasão por ser tão direto duro e irredutível em caracterizar o “inimigo” como não cidadão.

Em uma só colocação, logo no nome da teoria, se espanca a personalidade de um ser humano, extraindo-lhe uma condição de cidadania básica para atuar no espaço público como pessoa.

Frise-se que a crítica, nesse ponto, vai à expressão “direito penal do inimigo” em si, pois tratamentos penais mais severos a determinadas pessoas sempre existiram, desde regras de talião (“olho por olho...”) até sistemas modernos e contemporâneos, com agravantes, qualificadoras, aumentando de penas e recrudescendo a forma de cumprimento das sanções de acordo com os fatos praticados, levando em consideração a personalidade do agente (periculosidade) para dosimetria da

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

pena ou mesmo para aplicação de medidas de segurança para inimputáveis que cometem fatos que o sujeitam à ação penal, por serem definidos como crimes.

O que parece insustentável é a desqualificação do ser humano a algo aquém de pessoa (natural) jurídica, cidadã de determinado Estado, o que pode se ver compreendido no artigo XV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo o qual, no item 1, “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade” e, no item 2, “Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”.

Logo, sendo negadas as condições de pessoa e de cidadão ao ser humano, seu tratamento passa a ser como objeto e, conseqüentemente, direitos processuais básicos lhe são negados, como os previstos nos artigos X e XI (item 1), da Declaração em estudo, respectivamente:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Por coerência, como visto no tópico anterior, a doutrina do direito penal do inimigo, não fala, propriamente, em aplicação

**Direito Penal do Inimigo em Cotejo com os Direitos Humanos**

de pena, mas em medida de segurança, pelo que o processo penal do inimigo não observa princípios basilares que a modernidade cristalizou para os processos em que “pessoas” são acusadas de praticarem “fatos” criminosos.

Como todo o conteúdo da declaração de direitos humanos pressupõe o ser humano como pessoa, retirado este predicado, o direito penal do inimigo não está se referindo ao processamento de cidadãos, mas de não-pessoas humanas, às quais não se podem atribuir direitos humanos que são próprios das pessoas e cidadãos.

Registre-se uma hipótese interessante: se a teoria deste direito penal não assumisse que o processado é um “inimigo”, não-pessoa e não-cidadão, a neutralização diante da crítica dos direitos humanos seria significativa, considerando que várias garantias processuais e materiais são, diuturnamente, reduzidas pelo direito penal “normal”, sendo algo tolerável e mais livre de pressões contrárias: alguns países adotam a pena de morte e perpétua e não há tanto clamor e comoção social; as legislações preveem aumentos de penas rotineiramente, assim como tipos penais abertos e crimes de perigo (sem lesão efetiva a bem jurídico); as regras processuais estão permitindo maior celeridade do procedimento, prejudicando o direito à ampla defesa e acelerando a formação da culpa; dentre outras formas de cumprimento de penas mais rígidas<sup>10</sup>.

Inácio Belina Filho<sup>11</sup> apresenta algumas premissas do direito penal do inimigo, pertinentes a aspectos processuais e

---

<sup>10</sup> (Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e o direito penal do inimigo, vide artigo de AMARAL e RODRIGUES, 2010).

<sup>11</sup> (*apud* LEMOS, 1998).

materiais que estão na presente análise: relatividade do princípio da legalidade; aumento desproporcional das penas; endurecimento da execução penal; abolição de direitos e garantias processuais fundamentais; infiltração de agentes policiais; abuso de medidas preventivas ou cautelares; reprovação da periculosidade do agente em detrimento da culpabilidade; etc.

Em síntese, pode-se afirmar que regimes penais diferenciados sempre existiram e foram tidos como legítimos em sua grande parte. Todavia, o que inova o direito penal do inimigo é assumir uma postura de negar ao ser humano sua condição básica de cidadania como resposta própria de um momento social em que o risco é o maior inimigo da sociedade, pelo que os perigosos devem ser, implacavelmente, coibidos com repressão penal que não lhe garantam direitos próprios de pessoas “amigas”.

Ao fazer esta distinção, entre inimigos e não-inimigos, com amparo em periculosidade abstrata e não em fatos criminosos concretos, a prevenção soa como *discrímen* irrazoável, exceto para uma sociedade que, em nome da segurança pública, aceita renunciar às conquistas árduas da humanidade, que são os próprios direitos humanos, os quais consideram todos como pessoas e a cidadania como atributo inerente à condição humana.

Segundo Jakobs, trazido por Lemos<sup>12</sup>,

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só

---

<sup>12</sup> LEMOS (1998).

não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, Apud LEMOS, 1998)

Esse é o preço que se paga pelo medo institucionalizado: institucionaliza a prevenção geral contra os inimigos, “desumanizando-os”. Daí cabe ficar alerta para a definição destes inimigos, para se buscar conhecer quais interesses político-econômicos, religiosos e morais sustentam a legitimação do enquadramento de determinados grupos e indivíduos no perfil de inimigos do “Estado”.

Neste sentido, interessante a colocação de Umberto Eco, fornecida por Lemos<sup>13</sup>, ao definir que os inimigos são: “Os únicos que podem fornecer uma identidade às nações são os inimigos. Assim, na raiz da psicologia Ur-Fascista está a ‘obsessão do complô’, possivelmente internacional. Os seguidores têm que ser sitiados”.

Como se depreende, a definição dos inimigos é funcional, tem sua razão de ser na própria concepção de identidade, de nacionalidade, a partir do instante que os membros do pacto social encontram motivos comuns a combater.

Consigne-se um fato interessante é que os próprios direitos humanos podem ser utilizados para legitimação do discurso do direito penal do inimigo, como no exemplo dos EUA, com apoio da mídia, conquistando grande popularidade dos americanos, para combater o “terrorismo” no mundo. Para

---

<sup>13</sup> LEMOS (1998).

tanto, são válidas atitudes como a imposição armada de paz e a afronta à soberania de Estados ou nações “inimigas”, retaliações tão terroristas quanto a agressão que fora sofrida, bem como a condução de presos à base naval (presídio) de Guantánamo e constrangimentos em aeroportos a pessoas que “pareciam” terroristas.

Quanto mais se teme e se propaga o medo, a insegurança criada exige medidas mais irracionais e instintivas, como num estado de necessidade, exigindo atitudes que fazem valer máximas como “é melhor suprimir direitos de alguns em favor da maioria”.

O clima de medo e vitimização comove a ponto dos próprios direitos humanos serem defendidos ao custo da supressão destes mesmos direitos a certos indivíduos, numa prevenção generalizada, atacando culturas “diferentes”, tidas como potencialmente danosas ao sistema dominante, sobretudo econômico.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Mediante o exposto, pode-se inferir que o tratamento dado ao ser humano, pelo chamado direito penal do inimigo, desqualifica aquele do seu estado de pessoa, tornando-o objeto de direito ao invés de sujeito de direito. Como um não-cidadão, o inimigo não goza dos direitos fundamentais do Estado de Direito, mas é alijado das garantias da cidadania e de sua consequente dignidade enquanto pessoa humana.

O fato de assumir a existência de outro direito penal do cidadão, oposto ao do inimigo, torna a teoria passível de críticas

com caráter preocupante, uma vez que a definição do inimigo pode ser funcionalizada não apenas para um “bem-estar social”, mas para favorecer interesses dos mais diversos e perversos.

Como questão que envolve os direitos humanos, pode-se concluir que tal concepção jurídica desconstrói os pilares humanitários de considerar todo ser humano como pessoa, nacional de um Estado, com direitos de cidadania e a ser respeitado enquanto dotado da dignidade própria dos sujeitos de direitos (pessoas humanas).

Portanto, a teoria se contrapõe às conquistas e declarações de direitos humanos reconhecidas internacionalmente e, contemporaneamente, em avanço, em termos de adesão e mesmo de concretização pelos Estados. Esse antagonismo não é tanto pelo recrudescimento das penas ou das formas processuais menos garantistas, porém pela afirmação do direito penal do inimigo de que há indivíduos que podem ser disciplinados por um regime jurídico de exceção, específico para determinada classe, senda esta desfavorecida dos próprios direitos humanos fundamentais dos cidadãos, porquanto não são pessoas, são não-cidadãos.

Ao coisificar o ser humano, os resultados podem ser os mais desastrosos possíveis, como os que ocorreram, na história, sempre que determinado povo ou Estado seleciona inimigos e lhes nega qualquer condição humana digna de respeito e tolerância, até mesmo de direitos considerados essenciais ao ser humano.

Com efeito, a sociedade do risco produz, com aparato midiático de clarividente interesse político-econômico, além de étnico-cultural, uma letargia tal da sociedade que atitudes de

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

retaliação aos “inimigos” (criados pela própria comunidade) são bem-vindas, sem qualquer ou muita reflexão crítica.

Foi este o papel deste estudo, cotejar a teoria do direito penal do inimigo com os direitos humanos, a partir do que se concluiu que existem pontos de conflitos evidentes entre eles. Contudo, vê-se que a retórica e a argumentação têm conquistado espaços para a recepção desta concepção jurídica de combate ao “terror”, justificando práticas suspeitas de serem tão terroristas quanto as dos inimigos, legitimando-se a repressão e prevenção pautadas na periculosidade da personalidade de determinados indivíduos ideologicamente definidos como inimigos do Estado e da população.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; RODRIGUES, Alex Antonio. **Direitos humanos: direito penal do inimigo – RDD (regime disciplinar diferenciado) como consequência de um ato criminoso.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2323/18>>. Acesso em 12. jul.2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O direito penal do inimigo.** Günther Jakobs. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11142>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

JAKOBS, Günter. **Direito penal do inimigo – noções e críticas.** Porto Alegre, 2007.

LEITE, Larissa. **O direito penal do inimigo e a internacionalização dos direitos humanos.** 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31826-36927-1-PB.pdf>>. Acesso em 11.jul.2011.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. **O direito penal do inimigo e o seu contraponto aos direitos humanos.** Disponível em: <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O\\_Direito\\_Penal\\_do\\_Inimigo\\_e\\_o\\_seu\\_Contraponto\\_aos\\_Direitos\\_Humanos](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O_Direito_Penal_do_Inimigo_e_o_seu_Contraponto_aos_Direitos_Humanos)>. Acesso em 12. jul.2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional.** São Paulo: Saraiva: 2006.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10989>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

# A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ana Mônica Anselmo de Amorim<sup>1</sup>

**RESUMO:** Os direitos sociais encontram sua previsão na Constituição Federal, onde repousam premissas que norteiam condições mínimas a um existir digno, quais sejam, educação, moradia, saúde, alimentação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Neste esteio, tem-se que os direitos sociais são elencados como direitos fundamentais, e consoante previsto na Magna Carta, possuem aplicação imediata. Tratam-se de verdadeiras prestações, devendo ser resguardados pelo Estado a partir da efetivação de políticas públicas, sob este prisma, os direitos sociais necessitam de recursos financeiros para serem efetivados, e nesta senda, a reserva do possível apresenta-se como limitação ao emprego de tais recursos. Verifica-se a Judicialização da Política como intervenção do Estado-Juiz, na atuação direta do Estado-Administrador. Não se pode falar em violação da separação dos poderes, e sim, na necessidade da atuação do Judiciário, com o fito de resguardar condições mínimas ao existir humano.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Sociais. Efetivação. Judicialização da Política.

**ABSTRACT:** Social rights are your prediction in the Federal Constitution, where lie assumptions that guide minimum conditions exist to a worthy, namely, education, housing, health, food, work, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood care and to homeless individuals. This stay, we have that social rights are listed as fundamental rights, and as provided for in the Federal Constitution, have immediate application. These are real benefits and should be protected by the state from the execution of

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional (linha de concentração em Direitos Fundamentais) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar, Professora Adjunto III da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Professora do Curso de Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe.

public policies in this light, social rights need financial resources to be paid, and this path, the book presents itself as a possible limitation to employment of such resources. There is the judicialization of politics and state intervention, Judge, direct work with the State Administrator. One can not speak in violation of separation of powers, and yes, the need for action of the judiciary with the aim to safeguard the minimum human existence.

**KEY WORDS:** Social Rights. Effective. Legalization of Politics.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da classificação dos direitos fundamentais, podem ser incluídos como modalidade destes os direitos sociais, configurando-se enquanto direitos positivos, a partir de um *facere* estatal.

Os Direitos Sociais reputam-se como direitos prestacionais, segundo os quais deve o Estado instituir políticas que garantam um mínimo de condições para uma existência digna.

No entanto, para a caracterização de tais direitos fundamentais sociais, mister a disponibilidade de recursos financeiros, que visem fomentar as ações estatais, outrossim, tais recursos apresentam-se limitados, propiciando uma atuação do Estado-Administração dentro da reserva do possível.

Ao passo que os recursos financeiros apresentam-se limitados, as condições mínimas para uma existência digna refletem um ideal dentro do Estado Democrático de Direito, sendo mitigada esta dignidade aos que dispõem de baixa condição sócio-financeira.

Apresenta-se então o Estado-Juiz com a função de resguardar a efetivação dos direitos sociais, das políticas públicas, intervindo na atividade do Estado-Administrador.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

Não se verifica, então, usurpação da função Executiva pelo Judiciário, mas sim, apresenta-se este como *ultima ratio* em uma sociedade estratificada, onde educação, alimentação, saúde, moradia, lazer são um luxo; luxo este garantido àqueles que podem pagar.

A judicialização da política é fenômeno crescente no meio jurídico, apresentando-se os magistrados como protagonistas de uma democracia calcada em ideais capitalistas, em que só tem direitos sociais, só tem mínimo existencial, só tem acesso as prestações positivas estatais, mediante dispêndio de recursos, e para os mais pobres, tais recursos provém do Estado-Administração, porém seriam limitados.

Desta forma, mister a análise neste artigo, dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais de todo ser humano, enquanto ainda condição para o mínimo existencial, e sua mitigação sob o pretexto de limitação dos recursos financeiros, apresentando-se o Poder Judiciário como forma de resguardar tais direitos, e garantir uma existência humana digna.

## **2. DOS DIREITOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO – O PARADOXO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A Constituição Federal de 1988 colecionou os Direitos Sociais no Capítulo II do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), refletindo como premissas essenciais ao Estado Democrático de Direito, garantias como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos

**A Judicialização da Política Como Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais**

desamparados. Refletem expoentes de um mínimo essencial a uma vida digna. Os direitos sociais servem como vetores na tentativa de promover justiça social, e corrigindo de certa forma, disparidades econômicas.

Os direitos sociais dominaram o século XX, sendo conhecidos como direitos da igualdade, e na clássica definição de Paulo Bonavides (2008:564), são tidos por direitos de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos). Passam então, a contemplar uma dimensão positiva, uma vez que não se cuida mais da não-intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos, mas sim, a efetivação do bem-estar social por intermédio do Estado.

Nesta perspectiva, esclarece Mauro Cappelletti (1999:41):

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

É neste contexto, que o Estado passa a adotar um comportamento ativo na realização da justiça social, passando os direitos de segunda dimensão a refletir uma dimensão positiva, uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

esfera da liberdade individual, mas, sim, numa forma de propiciar o direito de participar do bem-estar social. Seria então, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2010:47) a liberdade por intermédio do Estado, superando a premissa da liberdade perante o Estado.

Os direitos sociais, consoante definição de José Afonso da Silva (1998:317) são tidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualação de situações sociais desiguais<sup>2</sup>. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos para o gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Por se tratarem de prestações positivas, um *facere* na atuação estatal, os direitos sociais são reputados direitos prestacionais, objetivando a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

De certa forma, os direitos sociais como parte dos direitos fundamentais, demonstram a importância destes dentro do ordenamento, como forma de manter a Dignidade Humana<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, p. 39, para quem a “[...] regra da igualdade não consiste senão em quinboar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real”.

<sup>3</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*, p. 31, ressalta que a Dignidade da Pessoa humana é a base ética da sociedade moderna, é valor absoluto e qualidade inerente a todo ser humano, não havendo espaço para substituição, relativização ou valorização do ser humano.

pressuposto para a democracia. Paulo Bonavides (2008:560) ao se referir aos direitos fundamentais, leciona com bastante percuciência que *“criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam (...)”*.

Nesta senda, Ingo Wolfgang Sarlet arremata que os direitos sociais (2010:284) *“(...) encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”*.

Ademais, Paulo Bonavides (2008:561) analisando o pensamento de Carl Schmitt bem destaca que o direitos fundamentais *“correspondem assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam ‘segundo o critério da lei’ ou ‘dentro dos limites legais’”*.

Desta feita, consoante preleciona o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal<sup>4</sup>, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, e nesta mesma linha de raciocínio, incluem-se os direitos sociais<sup>5</sup>. Em uma melhor definição terminológica, os direitos sociais poderiam ser nominados como direitos fundamentais sociais, face a sua essencialidade, o seu gigantismo, a sua importância em uma sociedade democrática<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 280, bem destaca que os direitos fundamentais prestacionais (direitos sociais), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

<sup>6</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*, p. 34, enfatiza que os direitos fundamentais são a expressão máxima da Dignidade da Pessoa Humana, tendo como objetivo promover a garantia do mínimo existencial indispensável à liberdade material, à vida digna.

Noutro pórtico, os direitos fundamentais sociais, tais como se apresentam (direitos prestacionais), são privilégios não conferidos a todas as castas sociais. São direitos prestacionais que refletem em um alto custo econômico, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas pelo povo, não é possível sem que se despenda algum recurso.

Lança-se então a pedra fundamental do que outrora se denominou reserva do possível<sup>7</sup>, consistindo na limitada capacidade do Estado de dispor sobre o objeto das normas regulamentadoras dos direitos fundamentais sociais (prestações positivas), de tal sorte que a limitação de recursos econômicos consistiria em limite fático a efetivação destes direitos.

A partir de tais premissas, os direitos sociais são erigidos à condição de direitos relativos, posto que vislumbrados sob a égide da reserva do possível, que os coloca na dependência de toda uma conjuntura socioeconômica.

No entanto, alerta Robert Alexy (2008:515) que a reserva do possível *“(...) no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar ao esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito”*.

Repousa nesta baliza o paradoxo envolvendo a reserva do possível, consistente na efetivação dos direitos prestacionais, com a garantia do mínimo existencial, lastreada no fato de que a dignidade da pessoa humana se apresenta como elemento caracterizador dos direitos fundamentais, que por sua vez, esta

---

<sup>7</sup> Fruto de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal (Alemanha – BverfGE 21, 362), sendo a reserva do possível, para esta corte *“(...) aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade”*.

dignidade destaca-se por atributos como o respeito à autonomia da vontade, respeito à integridade física e moral, não coisificação do ser humano e a garantia do mínimo existencial<sup>8</sup>.

Robert Alexy (2008:513) ao discorrer sobre os direitos fundamentais sociais destacou como um dos problemas à sua efetivação, os obstáculos de ordem econômica, enfatizando:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente

---

<sup>8</sup> O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, bem destacou o mínimo existencial como o conjunto de bens e utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade. Consulta realizada no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), em 17 de fevereiro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10a Ed. Porto Alegre: Revista dos Advogados, 2010, p. 320, analisa o mínimo existencial não só como garantia a sobrevivência (o que iria significar a redução do mínimo existencial a um mínimo vital), mas também abrangendo um mínimo existencial sociocultural e um mínimo existencial ecológico, incluindo, destarte, o direito à educação e o próprio acesso a bens culturais. Assim como, este mínimo existencial apresentaria uma dimensão negativa, refletindo a tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares, e uma dimensão positiva, consistindo no direito a prestações, como a exigibilidade dos direitos fundamentais.

nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.

Garantia de uma existência digna, resguardando-se condições mínimas, reflete-se como fator imprescindível. Diante de uma sociedade em que mais da metade de seus habitantes vivem abaixo da linha da pobreza, este mínimo de condições a uma vida digna não pode ser custeado mediante recursos próprios, apresentando-se o Estado como ente imbuído do difícil mister de ofertar àqueles a que tudo falta, condições para uma existência digna. Nesta vertente, o Estado-Juiz chama para si, a árdua missão de analisar a linha tênue que envolve a limitação de recursos estatais (reserva do possível) e garantia de condições mínimas para uma existência digna (mínimo existencial).

### **3. DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Diante dos obstáculos socioeconômicos apresentados para mitigar os direitos fundamentais sociais (repise-se, caracterizados fortemente como direito a prestações positivas), o Poder Judiciário passa a ser obrigado a intervir, ditando políticas públicas que seriam concernentes a atividade do Estado-Administrador. Verifica-se, pois, uma extensa gama de pessoas que de forma frequente, são obrigadas a buscar a tutela jurisdicional do Estado, com o propósito de efetivar os sobreditos direitos fundamentais sociais.

Diante da mitigação de direitos fundamentais sociais, e mediante a provocação do Estado-Juiz, cabe a este duas opções, nas palavras de Mauro Cappelletti (1999:47):

a) Permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

O Judiciário desta forma toma para si a função de ditar políticas públicas, intervindo na atuação direta do Executivo, obrigando este a promover os direitos sociais que, em verdade, traduzem uma proteção institucional contra todas as formas de desigualdades e injustiças.

José Eduardo Faria (2005:98/99) analisando o comportamento do Estado, ante a efetivação de políticas públicas afirma que:

A concreção dos direitos humanos e sociais previstos pelos textos constitucionais muitas vezes é negada pelos diferentes braços – diretos e indiretos – do poder público. Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma “interpretação dogmática” do direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamente os direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida “regulamentação” por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são

materialmente ineficazes. Em termos práticos, servem para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos, pouco dando contrapartida, em termos de efetivação de seus direitos humanos e sociais.

Desta forma, o Judiciário hoje vislumbra o desafio de, com o propósito de efetivar os direitos fundamentais sociais, definir o sentido e o conteúdo de normas de caráter programático<sup>9</sup>, e é nesta senda, que repousa a falsa autoaplicabilidade dos direitos sociais, necessitando da intervenção do Judiciário, e arremata ainda José Eduardo Faria (2005:99):

[...] uma justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor.

Continua José Eduardo Faria (2005:105), analisando a atuação positiva do Estado:

Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 322, defende a concepção da inexistência, no texto constitucional, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte criou instrumentos processuais aptos a realizar a efetivação dos direitos fundamentais, combatendo a omissão legislativa e dos demais órgãos estatais, acaso haja, por meio de Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

Verificam-se, portanto, inovações comportamentais, que denotam uma maior preocupação do Judiciário, conquanto a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Destaca-se de início, uma maior atividade do Estado-Juiz, passando então a realizar uma atividade hermenêutica voltada a efetivar normas que seriam apenas letra inerte da lei, mera folha de papel na concepção Lassaliana, sem que produzisse os resultados a que se propunha o legislador originário.

Os direitos fundamentais sociais devem constituir prestações positivas do Estado, um *facere*, um agir calcado em premissas de bem-estar social. A atuação Estatal deve ser voltada à efetivação dos direitos fundamentais sociais, fornecendo

mecanismos ao exercício dos mesmos, mas ao revés, o Judiciário passa a agir ditando as políticas públicas, tomando para si obrigações que deveriam ser do Estado-Administração, daí revelar-se a importância do acesso à Justiça<sup>10</sup>.

Neste sentido, cumpre relatar ainda o entendimento de José Herval Sampaio Júnior (2008:92), cujo mesmo enfatiza que:

[...] o Poder Judiciário deve assumir o papel de legislador negativo quando se fizer necessário, e de efetivo determinador de políticas públicas, que assegurem a realização dos direitos fundamentais quando os órgãos competentes forem omissos sob pena de não se cumprir materialmente o princípio democrático.

Os direitos sociais representam premissas essenciais, mormente diante de uma sociedade lastreada na desigualdade. Note-se que a Constituição Federal estabelece a igualdade de pessoas, devendo esta não ser só no aspecto formal, mas também material. Outrossim, claras são as desigualdades sociais, onde poucos têm muito, e muitos não têm quase nada. Para os que têm condições financeiras, os direitos fundamentais sociais são efetivados diariamente, por exemplo, moram em boas casas ou apartamentos, podem pagar consultas particulares ou bons planos de saúde, moram em lugares com forte esquema de segurança ou contratam seguranças particulares, e estudam em

---

<sup>10</sup> CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 42 enfatizam que “[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

colégios ou universidades privadas. Os direitos fundamentais sociais visam à proteção maior daqueles que não tem onde morar, que não podem pagar médicos ou comprar medicamentos, são vítimas de agressões ou injustiças e que têm que estudar em colégios/universidades públicas. Os direitos sociais são discriminatórios, com o propósito compensatório, são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados para os menos favorecidos.

E para tanto, passou então o Judiciário a tentar atenuar estas desigualdades, agindo onde se omite o Executivo, promovendo a efetivação dos direitos sociais, e neste sentido bem elucidada José Herval Sampaio Júnior (2008:105):

[...] no Brasil, existe toda uma ambientação fática e jurídica para que o Poder Judiciário possa cumprir sua missão constitucional de assegurar os valores postos pela sociedade como imprescindíveis para uma regular convivência social e não que esse Poder esteja se intrometendo em questões que não lhe são afeitas, pois qualquer caso que envolva desrespeito aos balizamentos constitucionais impõe a sua atuação firme e operante, sob pena de a Constituição se tornar letra morta.

Nesta esteira, interessante ainda o ensinamento de Marcelo Novelino (2009:15), cujo mesmo dispõe:

Não se deve perder de vista que a formulação e a implementação de políticas públicas é, em primeiro lugar, uma atribuição do Legislativo e do Executivo, cujos membros foram escolhidos

para tal finalidade. Diante de demandas igualmente legítimas, cabe ao administrador optar por aquela que considera mais imprescindível no momento. Todavia, apesar de dependerem da opção política daqueles que foram investidos em seu mandato por meio do voto popular, as liberdades – seja de conformação legislativa, seja de execução de políticas públicas pelo executivo – não são absolutas. Por essa razão, se tais ‘Poderes’ agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia desses direitos, atingindo o ‘mínimo existencial’, torna-se necessária intervenção do judiciário, com o intuito de viabilizar a todos, o acesso aos bens cuja função lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Desse modo, na formulação e na execução das políticas públicas, o mínimo existencial – entendido como o conjunto de bens e utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade – deverá servir de norte para se estabelecer os objetivos prioritários. Apenas depois de atendê-los é que deverá o Estado discutir, no tocante aos recursos remanescentes, quais são os outros direitos que estão a merecer atendimento.

Robert Alexy (2008:514) analisando as atribuições do Tribunal Constitucional Federal (Alemanha) destaca que é atribuição do Judiciário “(...) a *determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição*”.

**A Judicialização da Política Como Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais**

De igual forma, ecoam as palavras de George Marmelstein (2011:359) que de forma direta dispõe “*se aquele que bate às portas do Judiciário realmente necessita da resposta jurisdicional para viver dignamente, pois sem a atuação judicial sua dignidade estará sendo ameaçada ou violada, então o Judiciário deve agir sem medo*”.

Desta forma, não se pretende negar a premissa de que os recursos financeiros estatais são limitados, no entanto, a manutenção da dignidade humana<sup>11</sup> serve como primado maior dentro do Estado Democrático. A garantia do mínimo existencial deve se apresentar como paradigma à atuação Estatal; o Executivo quando da fixação das políticas públicas e o Legislativo na elaboração das normas, devem ter como prioridade ações que garantam uma existência digna, mormente quando vislumbramos um Estado como o Brasileiro, em que infelizmente, desigualdades sociais, péssima distribuição das riquezas, apresentam-se como características basilares.

Noutro pórtico, ao analisar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve-se lembrar o que Ana Paula Barcellos *apud* Luís Roberto Barroso (2010:242) bem denominou como *macro-justiça*, ou seja, em determinado caso concreto, deve o Judiciário visualizar toda a realidade social, em detrimento ao pedido isolado do autor da demanda (solução do caso concreto – *micro-justiça*). Inquestionável então a necessidade do julgador de diante de um determinado caso concreto, visualizar os reflexos do seu *decisum* para toda a sociedade, sob o pretexto de

---

<sup>11</sup>TORRES, Ricardo Lobo *apud* BARROSO, Luís Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para à atuação judicial*, p. 239, bem ressalta a possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.

fornecer o tratamento de saúde de um determinado cidadão, de logo impor o fornecimento de medicamento experimental de custo milionário, em contrassenso ao emprego deste recurso na saúde pública de milhares outros cidadãos, e sob este prisma, arremata Luís Roberto Barroso (2010:242) *“O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à administração pública”*.

O Judiciário então, deve sim intervir nas políticas públicas, mas deve manter-se atento para os reflexos sociais da sua decisão. Não se pode admitir diante dos direitos fundamentais sociais, sempre um *não* do Estado, uma mitigação de tais direitos sob o pretexto de que os recursos são limitados. De que adianta uma Constituição, ápice do Ordenamento Jurídico Brasileiro, recheada de direitos fundamentais sociais, sem que os mesmos sejam efetivados.

Nas palavras de Canotilho *apud* Ingo Wolfgang Sarlet (2010:280), necessário “cimentar juridicamente” os direitos sociais, no sentido de que, consoante palavras de Pontes de Miranda *apud* George Marmelstein (2011:317) *“Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la”*.

O Judiciário deve negar o simples papel de *Bouche de la Loi*, devendo-se investir do palio de efetivador dos direitos fundamentais sociais, cabendo aos Juízes, consoante Mauro Cappelletti (1999:49) controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, *“Todos os juízes tornam-se os controladores não só da atividade dos cidadãos, como também dos poderes públicos (...)”*.

**A Judicialização da Política Como Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais**

As decisões judiciais devem enfim, ter por espelho a sociedade como um todo, os seus reflexos sociais (*macro-justiça*), as suas consequências, mesmo em casos insolados, devem conduzir sempre como premissa maior o bem-estar coletivo, a dignidade da pessoa humana.

Inegável então, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, repise-se, não como forma de se imiscuir das atividades do Executivo ou do Legislativo, não como forma de violação da separação dos poderes, mas sim, como um poder isento, onde suas casas (seus fóruns/tribunais) encontram-se abertos aos reclames populares. Onde o povo, pode enfim reclamar por uma verdadeira justiça social, conclamar pelo uso justo e igual dos recursos públicos, onde os parcos recursos financeiros estatais (reserva do possível) sejam verdadeiramente empregados naquilo que é mais essencial ao ser humano.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais sociais apresentam-se como essenciais dentro do Estado Democrático de Direito, refletindo-se em verdadeiras ações do Estado, direitos prestacionais consolidados mediante políticas públicas.

Em se tratando os direitos sociais, de direitos fundamentais, e consoante previsão do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, são dotados de aplicação imediata.

Noutro pórtico, cumpre elucidar que direitos sociais como educação, saúde, lazer, moradia, dentre outros, são facilmente assegurados aos que dispõem de recursos financeiros, seja custeando escolas/faculdades privadas, planos de saúde e

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

hospitais particulares, casas ou apartamentos bem conservados; conquanto, às castas sociais mais pobres, o Estado apresenta-se como solução no fomento de medicação, assistência saúde, alimentação, educação, não por ato de piedade, mas por obra de justiça.

Posto que se tratam de verdadeiras prestações positivas do Estado, os direitos fundamentais sociais precisam de recursos financeiros para sua efetivação, e sendo limitados tais recursos, o Executivo em dadas situações mantém-se inerte, sob o pretexto de agir sob a reserva do possível.

Contrapondo-se a esta reserva do possível, exsurge o mínimo existencial como corolário ao primado da dignidade da pessoa humana, como reflexo de condições mínimas para a existência humana digna.

Nesta senda, face a omissão estatal em consolidar os direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário torna-se protagonista para a efetivação de tais direitos, concretizando-se o que se chamou de Judicialização da Política, consistindo em decisões judiciais que intervêm no estabelecimento de políticas públicas.

Não se pode falar em usurpação da função Executiva pelo Judiciário, e sim, na verdadeira atuação do Estado-Juiz com o fito de determinar que a Constituição Federal não se torne letra morta, que preceitos constitucionais não sejam preteridos ou esquecidos.

A separação de poderes esculpida consoante pensamento de Nicolau Maquiavel não engessa as funções estatais de forma a impedir a atuação harmônica dos mesmos. Não se pode falar em funções isoladas, Executivo administra, **A Judicialização da Política Como Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais**

Legislativo elabora Leis e Judiciário julga. As funções do poder são independentes e harmônicas entre si (artigo 2º da Constituição Federal), caminham de mãos unidas com o propósito único de resguardar o bem-estar social, e os princípios do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, é bem verdade que os recursos são limitados, mas devem ser aplicados para se resguardar o que se apresente mais essencial, o que seja prioritário face às necessidades apresentadas.

Aos mais pobres, resta a busca da tutela jurisdicional do Estado, imbuídos no propósito de que o ativismo judicial seja a forma de impor ao Estado então inerte, que atue, que realize as prestações públicas necessárias.

Não se pretende erigir o Judiciário a condição de manto da salvação para todas as pessoas, como repositório face a omissão estatal, no entanto, afigura-se como instrumento essencial dentro de um Estado pautado sob premissas de desigualdades sociais, onde a muita riqueza é delegada a poucas pessoas, e muitas pessoas vivem da caridade Estatal.

O Judiciário chama para si a difícil responsabilidade de tentar trazer para a realidade social premissas definidas no seio da Carta Constitucional, e que insistem em ser olvidadas ou diretamente mitigadas face à omissão clara do Executivo. A Judicialização da Política nada mais é do que a concretização pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais sociais, garantindo-se ao cidadão, um existir humano digno.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Martins Claret, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In. LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição de 1988 e suas alterações. Consulta realizada no site [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), em 10 de junho de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A virtude da soberania. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

**A Judicialização da Política Como Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais**

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo, Organizador. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

# A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Lívia Pinheiro Soares<sup>1</sup>

**RESUMO:** Os direitos fundamentais de segunda dimensão precisam da atuação estatal para se concretizarem, não sendo diferente com o direito à saúde. Destarte, tem sido cada vez mais comum a busca pelo judiciário para que se efetivem tais direitos. Todavia, o judiciário encontra limite em sua atuação, principalmente quando esbarra na condição financeira do Estado expressada sob a “reserva do possível”. Ademais, encontram argumentos que consideram sua atuação como intromissiva e capaz de ferir a separação dos poderes. Devendo o judiciário analisar sob a ótica da ponderação e razoabilidade. Todavia, não sendo positivo que haja necessidade tamanha que faça o judiciário intervir diuturnamente na efetivação do direito à saúde, acarretando na judicialização do problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais, direito à saúde, reserva do possível, judicialização dos direitos sociais.

**ABSTRACT:** The fundamental rights of the second dimension of state action need to realize, no different with the right to health. Thus, it has been increasingly common the search for justice for these rights to become effective. However, the legal limit is in its performance, especially when confronted with the financial condition of the state expressed in the "reserve for contingencies." Moreover, they consider their arguments is acting with intromissiva and capable of hurting the separation of powers. The judiciary should look from the perspective of fairness and balance. However, not positive that there is great need to make the judiciary to intervene in the diurnal realization of the right to health, leading to judicialization of the problem.

**KEY WORDS:** Fundamental rights, right to health, booking possible, legalization of social rights.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direitos Humanos pela UERN. Advogada.

## 1. INTRODUÇÃO

Houve determinado período histórico não longínquo, em França, que a Constituição era tida por cientistas políticos como texto geral, sem força normativa.

Havia a ideia de que a norma jurídica não se confundia com princípio. Essa norma jurídica seria aquela norma produzida pelos órgãos competentes (norma legislada, positivada) e que tinha um conteúdo preciso, bem delimitado, era uma norma hermética, fechada, que não gerava nenhuma dúvida, questionamento. Entendia-se a norma jurídica como um objeto bem delimitado, que exauria todas as possibilidades de soluções em eventual confronto entre normas.

Argumentava-se que os princípios não eram normas jurídicas, mas sim pautas metafísicas, eram normas que incorporavam os valores éticos, morais, situando-se no plano da metafísica, não no plano jurídico. Costumava-se dizer que a norma jurídica trazia uma norma jurídica bem definida, daí a sinonímia: norma jurídica é regra.

Esse paradigma vai mudar no pós-segunda guerra mundial. As condutas praticadas pelos alemães durante esta guerra eram condutas que tinham amparo na ordem jurídica vigente na Alemanha. Os campos de concentração e toda a forma de violência tinham amparo da legislação alemã.

Com essa incorporação, há a conciliação dos jusnaturalistas com os juspositivistas, pois quando os valores morais contidos nos princípios passam a ser reconhecido como

normas jurídicas, passam consequentemente, a serem positivados. Assim, o jusnaturalismo se encontra como o juspositivismo (positivam-se os valores morais). Os valores morais do jusnaturalismo passam a integrar o direito positivo, o direito legislado.

Hoje, com a crescente força normativa da Constituição, têm-se as normas e os princípios não mais como simples expressões políticas. Nesse contexto, de crescente força das decisões judiciais, crescem as demandas em busca da efetivação dos direitos sociais, correndo-se o risco de culminar em um caos, sendo necessária uma análise bastante atenciosa e cautelosa das decisões.

Levando-se em conta sempre a necessidade individual diante do caso concreto, mas sem olvidar-se do respeito às políticas públicas garantidas, respeitando a separação dos poderes, que é preceito basilar no Estado Democrático de Direito.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O embaraço no tocante aos direitos fundamentais inicia-se pela nomenclatura, haja vista ser empregado ora como direitos fundamentais, ora como direitos humanos. Sendo comumente usados como sinônimos. O que parece, deveras ser, pois apenas apresentam formas distintas de serem utilizados quando se vê o contexto em que serão empregados. Assim, ao serem utilizados como termos de uma Constituição positivada de um determinado Estado, mencionam-se “Direitos Fundamentais”, ao passo que quando se referem ao Direito

**A Judicialização do Direito à Saúde**

Internacional, a textos sem vinculação estatal, diz-se “Direitos Humanos”.

Segundo Carl Schmitt (apud BONAVIDES, 2008, p.591): “Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

Portanto, a noção de Direitos Humanos está relacionada a um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Inclusive, não se pode olvidar que a dignidade não é um direito, mas sim um atributo, de modo que todo ser humano tem.

## **2.1. GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O lema revolucionário francês do século XVIII exprime o conteúdo fundamental dos direitos fundamentais, que são: liberdade, igualdade e fraternidade. Inclusive, relaciona a ordem histórica dos direitos.

Os direitos fundamentais estão institucionalizados em três dimensões sucessivas e cumulativas. Primeira, segunda e terceira dimensão.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2009), essas distinções de gerações dos direitos fundamentais são estabelecidas apenas como propósito de situar os diferentes momentos em que esse grupo de direitos surge como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Portanto, não

significa que uma geração/dimensão exclua a outra, pelo contrário, são supletivas.

Em resumo, a primeira geração compreende os direitos da liberdade, que são direitos civis e políticos. Tendo como característica central o fato de serem direitos que negam a intervenção estatal.

Os direitos de segunda geração são os de igualdade, que são sociais, econômicos, políticos e culturais, tendo como característica central o fato de serem direitos positivos, prestacionais, ou seja, obrigam o Estado a atuar positivamente.

O direito de terceira geração compreende os de fraternidade ou solidariedade, que são difusos, dos povos da humanidade.

## **2.2. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à saúde como fundamental em seu artigo 6º. Ademais, prevê o conteúdo e formas de prestações nos artigos 196, 201, 203, 205, 215 e 217. Caracterizando como direito de todos e dever do Estado à prestação à saúde.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (apud Mello, 2011, p.686), o direito à saúde é um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.

Assim o Estado deve formular políticas sociais e econômicas para concretizar o direito à saúde. Devendo distribuir recursos, bem como elaborar programas para que se tenha maior efetividade desse direito.

No artigo 196, a Constituição descreve que o direito à saúde é de todos e dever do Estado. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Destarte, infere-se que a saúde é direito e deve ser prestada pelo Estado, devendo este se organizar para que possa prestá-la da melhor e mais eficaz forma, abrangendo a todos que desse direito precisarem.

Conforme o artigo 198 da Constituição há o modelo básico de organização e procedimento para proteção à saúde. As ações e serviços integram uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção em cada esfera de governo, voltada ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas. Assim, estabelece um sistema único e integrado de saúde.

Isso é novidade trazida pela Carta Magna de 1988, pois, anteriormente, não se tinha a tradição de rede hierarquizada e regionalizada. Assim, pelo caráter regionalizado, define-se a competência para cuidar da saúde como comum a todos os entes da federação. Sendo esses, segundo o artigo 23, II, da CF, solidariamente responsáveis.

O presente trabalho tem como foco os direitos fundamentais de segunda geração, evidenciando o direito à saúde.

A saúde é um tema que interessa além das ciências médicas, uma vez que, é interesse de todos, inclusive estando afirmado no âmbito constitucional e em diversas leis esparsas do ordenamento. É um problema de ordem jurídica, política e social, Sendo necessário perquirir meios aptos a combater os problemas que se instalam e garantir serviço público essencial.

Desse modo, ao ser tratado como um problema social, é que surge para o Direito, como ramo das ciências humanas, o interesse em analisar e buscar soluções para o problema, transpondo-o para o campo jurídico e dando a necessária contribuição dessa importante ciência humana para a solução.

Como direito fundamental uma série de requisitos são firmados quanto à prestação. Sendo os direitos sociais considerados fundamentais, compondo os direitos de segunda geração, onde Estado tem o dever de agir, são prestações positivas, necessárias a concretização da liberdade firmada na primeira dimensão de direitos fundamentais

Norma programática está atrelada a direito social. É aquela que estabelece as diretrizes ou os programas de ação a serem implementados pelos poderes públicos. Normas de direito social são as que impõem o dever de atuar positivamente ao Estado; são normas de caráter de prestação que geram despesas públicas.

Num primeiro momento histórico, a norma programática era tida como norma sugestiva, de recomendação,

**A Judicialização do Direito à Saúde**

opinativa, sem força jurídica. Foi daí que surgiu a ideia de Constituição programática como um programa político a ser efetivado, não como algo obrigatório.

Tais normas surgem com o constitucionalismo social, momento em que as constituições obrigam o Estado a implementar políticas públicas de interesse social. Entra em cena o discurso concebido como a teoria clássica da norma programática, dizendo que a norma programática, na verdade, não se destina diretamente ao cidadão, nem gera direito subjetivo para este, mas destina-se aos agentes públicos, aos agentes políticos.

A norma programática traz um comando segundo o qual os agentes políticos devem se esforçar, criar situações concretas para dar efetividade ao que está nela previsto, mas não investe o cidadão do poder de exigir o que nela se encontra, porque o cumprimento de seu conteúdo depende das decisões políticas e, muitas vezes, essas decisões políticas dependem de aspectos extras, como dinheiro. Tem-se aqui a reserva do possível.

Entendendo-se, atualmente, que as normas programáticas possuem eficácia jurídica, são obrigatórias e devem ser efetivadas, inclusive mediante a intervenção do Poder Judiciário, dependendo do caso concreto, pois a necessidade de efetivá-las tem fundamento na Carta Magna, e, em virtude da supremacia Constitucional, faz-se concluir que a atuação do Judiciário é necessária em caso de inércia despropositada. É atribuição da Justiça garantir a dignidade humana, promovendo o mínimo existencial de cada direito. Todavia, o Judiciário deve

respeitar o mérito administrativo, cabendo a intervenção no que tange à legalidade.

Portanto, o judiciário não está violando a separação dos poderes, apenas está buscando o cumprimento da Carta Magna.

### **2.3. DIREITO A PRESTAÇÕES MATERIAIS**

Resultam da concepção social do Estado, direitos de segunda dimensão, que têm por objetivo atenuar as desigualdades fáticas da sociedade. Dependem da existência de situação econômica favorável, ou seja, a efetivação está sujeita às possibilidades econômicas nacionais. Diz-se que estão submetidos à reserva do possível, que, segundo Sarlet (2007, p. 305), constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais. Porquanto, observados os critérios de proporcionalidade, objetivam salvaguardar o núcleo existencial de outros direitos fundamentais.

O legislador como legítimo representante do povo, deve ponderar sobre quais bens jurídicos serão privilegiados. Desse modo, a satisfação desses direitos é principalmente escolha do legislador. As escolhas devem seguir critérios de justiça distributiva, sendo teoricamente mera opção política.

Entretanto, não se pode olvidar que são verdadeiras exigências do Estado Social de Direito, de modo que impõe ao legislador a tarefa de realizar os programas. Portanto, não cabe proteger a inércia desarrazoada do legislador. Nesse contexto, é que se legitima a atuação do judiciário sem ofender a separação dos poderes uma vez que não atuará como legislador, mas

**A Judicialização do Direito à Saúde**

apenas reconhecendo e impondo que sejam efetivadas em grau mínimo determinadas obrigações, assim, apenas cumprindo orientação constitucional.

Todavia, não deve essa questão desaguar na “judicialização” dos direitos sociais, pois se as decisões judiciais por um lado promovem o exercício da cidadania, por outro, pode acarretar na interferência de políticas públicas, devendo ser levadas em conta as possibilidades orçamentárias.

Ademais, deve-se ressaltar que quando o judiciário toma decisão em benefício de um, ele pode estar preterindo o direito da coletividade. Por isso, essa questão é tão sutil que merece ser muito bem ponderada.

### **3. NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL**

O direito à saúde é um direito fundamental que como os demais não é absoluto, devendo ser usada a razoabilidade e a proporcionalidade em sua aplicação, principalmente, quando envolve questão de sua efetivação por meio de decisão judicial.

Neste tipo de prestação, deve-se destacar que a ação que é devida pelo Estado varia de acordo com cada cidadão, ou seja, nem todos têm as mesmas necessidades. Assim, a escolha de quais e como as medidas serão tomadas dependem de políticas que se caracterizam por serem escolhas e devem seguir o critério de justiça distributiva.

Todavia isso não exclui o judiciário de participar da concretização dos direitos sociais, pelo contrário, é atribuição da

justiça garantir a dignidade humana, promovendo, ao menos, o mínimo existencial de cada direito.

Diante das inúmeras ações que batem às portas do judiciário em busca de uma solução, é preciso ter cuidado para que as decisões se tornem desmedidas e acabem interferindo nas polícias públicas, pois, como visto, o fato de o judiciário buscar efetivar os direitos sociais, no caso o direito à saúde, não significa que está correto que interfira sem razoabilidade a ponto de desorganizar a atividade administrativa.

De modo que a efetivação é necessária, porém deve ser feita com muito pudor, não deixando que a decisão seja puramente da seara emocional, deixando de lado os interesses da coletividade, bem como menosprezando as escolhas feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que são poderes com legitimidade democrática, os quais o povo escolheu e confiou o direito de escolher as decisões obtidas com os recursos. Embora não se possa afastar o descontentamento que a população acaba tendo com seus representantes.

Se de um lado o Judiciário tem que agir com cautela, ao fazer decisões que obriguem as prestações estatais à saúde, por outro, o uso do argumento da “reserva do possível” por parte dos executores também deve ser analisada com cuidado. Pois é certo que o orçamento não é suficiente para cobrir todas as despesas a ponto de promover satisfação total dos cidadãos, mas também, não cabe, diante de qualquer situação, alegar de pronto a falta de recursos, fazendo isso de forma indiscriminada, como meio de defesa geral para negar todo e qualquer pedido que seja feito ao Estado.

Ademais, o Judiciário não possui conhecimentos técnicos para decidir qual tratamento ou medicamento deve ser dado ao paciente, nem sobre a verdadeira necessidade desses.

É tão difícil essa situação de obrigação à efetivação do direito à saúde, que os documentos internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos, Políticos e Culturais da ONU, por exemplo, trazem os direitos nele previstos como orientação de que sejam aplicados de maneira progressiva. Ou seja, reconhece-se a delicadeza da questão de implementação desses direitos. Embora na nossa Constituição a previsão seja de que a aplicação seja imediata de todos os direitos e garantias fundamentais, sem ressalvas, portanto, aplicação imediata, inclusive, dos direitos sociais.

No entanto, não se está defendendo aqui que deve deixar os poderes Executivos e Legislativos à vontade para realizar as efetivações quando e como puderem. Não é isso, mais uma vez, reitera-se a necessidade de haver observância da razoabilidade.

Deveras, a questão de como está sendo efetivada a política pública é fundamental para a legitimação da intervenção do Judiciário. Porquanto, é interessante que só caiba atuação diante de inércia ou mesmo de execução lenta sem devida razão.

A efetivação por porte do Judiciário só deve ser aceita quando houver motivos que justifiquem. É certo que não haverá diminuição no número de demanda, pois as pessoas continuarão a procurar o Judiciário e este não poderá se eximir de apreciar, pois é preceito constitucional.

O inconformismo individual e o desejo pela solução de seu problema, principalmente, quando se refere à saúde vai sempre existir alguma tutela que possa dar esperança. É uma situação puramente emocional, pautada nos sentimentos do ser humano.

E mais, essa situação sempre estará apta a sensibilizar não apenas quem seja familiar ou amigo do necessitado, mas sim as pessoas que tenham contato com a situação. Sendo uma decisão muito difícil de ser proferida quando se pensa na negação. Dificilmente um juiz terá coragem de negar uma decisão tão delicada e de tanta urgência, ainda mais quando se sabe da condição de ter outro meio de alcançar o objetivo, bem como da precariedade que é o sistema de saúde.

Então, nesse contexto, entra em cena a facilidade em conseguir a “tutela de compaixão”. Muito mais com base no sentimento humano que na própria essência jurídica. Porque, nesse momento, embora não seja causa processual de suspeição nem de impedimento, é possível que o juiz esteja tendenciado a tomar uma decisão que, embora tenha fundamento jurídico, está eivada de sentimentos que a compromete assaz.

Isso pode comprometer, absolutamente sem intenção, o direito de outros indivíduos, à medida que recursos serão aplicados de forma diversa do que estava programado, em benefício daquele o qual a justiça determinou.

Diante das inúmeras ações que batem às portas do judiciário em busca de uma solução, é preciso ter cuidado para que as decisões se tornem desmedidas e acabe interferindo nas polícias públicas, pois, como visto, o fato de o judiciário buscar

**A Judicialização do Direito à Saúde**

efetivar os direitos sociais, no caso o direito à saúde, não significa que está correto que interfira desarrazoadamente a ponto de desorganizar a atividade administrativa.

Ademais, o judiciário não possui conhecimentos técnicos para decidir qual tratamento ou medicamento deve ser dado ao paciente e decidir sobre a verdadeira necessidade.

De modo que a efetivação é necessária, porém deve ser feita com muito pudor, não deixando que a decisão seja puramente da seara emocional, deixando de lado os interesses da coletividade, bem como menosprezando as escolhas feitas pelo poder executivo e legislativo, que são poderes com legitimidade democrática, os quais o povo escolheu e confiou o direito de escolher as decisões obtidas com os recursos. Embora não se possa afastar o descontentamento que a população acaba tendo com seus representantes.

É assim que se observa tamanha delicadeza da situação. Porquanto há argumentos que dão guarida tanto para o deferimento, quanto para o indeferimento. É nesse contexto difícilimo, que o magistrado terá que atuar e decidir.

Pelo exposto é que se infere a necessidade de se ter em mente a importância da ponderação no caso concreto. Saber que não há uma decisão única e formada. Imprescindível que se tenha a sensibilidade de reconhecer a delicadeza da situação, mas, acima disso, encontrar razão jurídica que sustente sua decisão.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o direito à saúde é um direito de segunda dimensão, que o Estado tem o dever de efetivá-lo e promovê-lo. Conforme a Constituição Federal de 1988 tem aplicação imediata.

O Estado deve implementar políticas públicas e buscar efetivar as promessas constitucionais. Para que tais promessas não sejam levianas e inatingíveis. Devendo, diante da limitação financeira, ser ao menos respeitado um mínimo que tenha como parâmetro a garantia da dignidade humana.

Devendo, nesse confronto de princípios, fazer ponderações analisando os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, sem que se desvie a finalidade da aplicação para que não se afunde em um universo de subjetivismo que possa acarretar em ativismo judicial excessivo.

Todavia, não se pode esquecer a acentuada preocupação da Constituição Brasileira em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, sendo um imperativo de justiça social, que deve ser buscado pelos três poderes que compõem o Estado Democrático de Direito

É uma situação de delicadeza impar, pois apresenta o direito à vida e à dignidade em confronto com outros direitos. E às vezes, estão em confronto com os mesmos direitos, só que de outras pessoas. Por isso, a necessidade precípua de ponderar e escolher em conformidade com as possibilidades.

Devendo, nesse confronto de princípios, aplicar os ensinamentos de Alexy e Dworkin, de razoabilidade e

**A Judicialização do Direito à Saúde**

proporcionalidade quando se tem em perspectiva um confronto entre princípios.

Cabe apontar também que a necessidade da “intromissão” do Judiciário, não afronta a separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não entra na questão como usurpador dos poderes do Legislativo ou dele mesmo, mas apenas com o seu dever de fazer cumprir a Constituição Federal e as leis. Ele apenas irá efetivar o que a legislação descreve.

Assim, diante da questão do que seria razoável, tem sido defendido na jurisprudência que, como regra, deve se preferir o tratamento que o poder público ofertar. E em caso de pleito por medicamento novo, que não tenha eficácia comprovada, que se tenha atenção redobrada nas concessões com base em experimentos, pois é óbvio que custo e benefício devem ser levados em conta.

Então, é preciso ter cuidado com os pedidos reiterados e genéricos e de esperança em tratamentos milagrosos. Não significando que todos devem ser negados de pronto. É necessário que se leve em conta a situação de cada pessoa, bem como a garantia mínima que se possa dar, pois a medicina é ciência altamente dinâmica, de modo que podem surgir abruptamente soluções para determinados problemas, mas resta verificar a credibilidade mínima.

Com fundamento no exposto, conclui-se que não há uma decisão previa que se possa trazer a qualquer caso referente ao direito à saúde que seja apresentado ao Judiciário. Depende efetivamente de cada situação que venha a ser demonstrada no

caso concreto. Devendo o Judiciário buscar a efetivação dos direitos fundamentais, mas não afastar o direito da coletividade.

E diante do caso concreto, deve o Judiciário dar preferência a medicamento ou tratamento com eficácia comprovada e que seja fornecido pelo SUS. Sendo necessário que se certifique assas em casos experimentais e alternativos. Devendo dar preferência aos produzidos no Brasil e levando em conta os custos.

Portanto, infere-se que urge a tomada de medida que mitiguem as concessões desordenas baseadas não apenas na emoção, que o poder do judiciário seja legitimado, e honrado como tem sido e garantido pelo Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. Bahia: Jus Podivm, 2011.

BARROSO. Luís Roberto. **Da Falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANCO, Coelho Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Govet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

DWORKIN, Ronald. **A virtude da soberania. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

# O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: necessidade de (re)leitura pela efetivação dos direitos sociais

Caio Ramon Guimarães Oliveira<sup>1</sup>

Lauro Gurgel de Brito<sup>2</sup>

**RESUMO.** Investiga-se aqui a viabilidade de aliar mais uma espécie de controle jurisdicional ao sistema garantidor dos direitos sociais, qual seja, o controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias. A discussão se justifica em razão das constantes violações às leis orçamentárias pelo Executivo, especialmente no que atine aos direitos sociais, porquanto preveem políticas públicas que não são implantadas, emergindo a necessidade de averiguar se é possível o Estado-Juiz, quando provocado por meio de controle concentrado de constitucionalidade, ordenar o cumprimento das disposições constantes na lei orçamentária, ou para determinar a inclusão de vantagens específicas naquela lei, diante de omissão inconstitucional. Deste modo, o presente estudo tem por objetivo central verificar se é possível realizar controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias com vistas a garantir direitos sociais e a valorização dos direitos humanos. Para isso, analisa criticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando o desenvolvimento do conceito e da classificação das leis orçamentárias, tendo por norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ao final, conclui no sentido da viabilidade do controle constitucionalidade das leis orçamentárias e o uso da técnica do remanejamento de receitas, como forma de garantir a efetivação dos direitos sociais, consideradas a doutrina e a jurisprudência pátrias. Para alcançar esses objetivos a que se propõe com o presente estudo, vale-se do método histórico e dialético e da pesquisa bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Leis orçamentárias. Direitos sociais.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito e Especialista em Direitos Humanos pela UERN. Servidor público. Advogado.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela UERN e Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor da UERN.

**ABSTRACT:** We are here investigating the possibility of combining a kind of jurisdictional control to the guarantor system of social rights, namely the concentrated control of constitutionality of budget laws. The discussion is justified due to the constant violations of budget laws by the Executive, especially against social rights, for predicting public policies that are not implemented, emerging the need to ascertain whether the judge can rule, when triggered by concentrated control of constitutionality, order compliance with the provisions in the budget law, or to determine the inclusion of specific benefits that law in the face of unconstitutional omission. Thus, the present study has the main objective verify if you can perform concentrated control of constitutionality of budget laws in order to guarantee social rights and the enhancement of human rights. For this, critically analyzes the jurisprudence of the Supreme Court, pointing to the development of the concept and classification of budgetary laws, with the north the Principle of Human Dignity. In the end, it concludes towards viability control constitutionality of budgetary laws and the use of relocation technique of revenue, in order to ensure the realization of social rights, considered the doctrine and jurisprudence homelands. To achieve these goals it sets itself with this study, it is worth the historical and dialectical method and bibliographical and documentary research.

**Keywords:** constitutional control. Budget laws. Social rights.

## 1. INTRODUÇÃO

As políticas públicas de concretização dos direitos sociais e, em certa medida, instrumentos de valorização e promoção dos direitos humanos, materializam-se, sobremaneira, em leis orçamentárias, especialmente nas leis que estimam as receitas e fixam as despesas anuais dos entes políticos da federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Entre essas despesas, poder-se-ia citar o custeio das prestações positivas relacionadas aos direitos sociais, como saúde, educação, moradia e assistência aos desamparados. Embora sejam conquistas obtidas com muito esforço do povo

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

brasileiro para inseri-los na Carta Política de 1988, às vezes as leis orçamentárias não contemplam plenamente essas demandas socialmente tão relevantes e até imprescindíveis diante do compromisso assumido pelo Estado brasileiro quanto à prevalência dos direitos humanos.

Se há uma omissão nesse sentido, acaba-se impedindo a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e negando eficácia a um dos pilares fundamentais da Constituição. Por outro lado, quando contempla pautas sociais, os comandos normativos orçamentários, segundo uma compreensão tradicional, não possuem força imperativa suficiente para que sejam implantados no mundo dos fatos, nem mesmo pela via coercitiva do Judiciário, caso ocorra a inércia do Executivo.

Assim, relega-se a função jurídica-imperativa da peça orçamentária ao abandonar qualquer possibilidade de se atribuir um caráter normativo-vinculante a este instrumento legal, submetendo-o ao inteiro alvedrio do Chefe do Executivo – a quem compete à iniciativa – e ao Legislativo – ao qual compete a apreciação e aprovação.

Se de um lado existem regras, princípios e teorias constitucionais que atribuem força imperativa aos direitos sociais e, de outro, leis orçamentárias que não contemplam tais prestações, resta indagar se não fica claramente demonstrada a possibilidade de cotejar a (in)constitucionalidade material e omissiva dessas leis orçamentárias. Não teriam força imperativa aquelas normas constitucionais definidoras dos direitos sociais? Seriam elas apenas conselhos ou formulações pedagógicas direcionadas ao Poder Público?

Em suma, com base numa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apura-se a problemática do controle concentrado de constitucionalidade em sede de leis orçamentárias, que se sedimenta, basicamente, em problemas concernentes à classificação e natureza jurídica daquelas leis.

Tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana e o compromisso da nação brasileira com a valorização e universalização dos direitos humanos, propõe-se, então, uma redefinição dos contornos jurídicos das leis orçamentárias quando do trato dos direitos sociais, considerando as teorias e princípios contemporâneos.

Nesse diapasão, inclusive, colacionaram-se, recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que demonstram uma mudança de postura da Corte sobre o tema, na medida em que já vem admitindo o controle concentrado de constitucionalidade sobre tais leis, após décadas sem sequer conhecer as Ações Diretas que versavam sobre esta espécie de controle sobre as leis orçamentárias.

Assim, a proposta consiste em averiguar os argumentos num e noutro sentido, com apoio em discussões lógico-jurídicas, além de analisar e difundir a incipiente jurisprudência acerca do tema, buscando construir uma solução que prestigie a máxima efetivação possível dos direitos sociais e, conseqüentemente, a valorização dos direitos humanos.

## 2. ANOTAÇÕES ACERCA DAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

As inconstitucionalidades podem ser por ação ou omissão. Ocorrerá inconstitucionalidade por ação quando a edição de atos legislativos ou administrativos contrariam as disposições constitucionais, gerando uma incompatibilidade vertical entre as normas inferiores e a Lei Maior. A inconstitucionalidade comissiva (ou por ação) pode ser formal – quando contraria formalidade essencial exigida para o devido processo legislativo de edição do ato – ou material – quando o conteúdo contraria as disposições constitucionais.

A inconstitucionalidade omissiva, chamada por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>3</sup> de "silêncio legislativo", é compreendida como a omissão legislativa na qual deveria ter havido uma ação por parte do legislador, em razão de mandamento constitucional:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. **A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a**

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. rev. Coimbra: Almedina. 1993, p. 1089.

**uma omissão inconstitucional. As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. (grifos acrescidos).**

O autor português exemplifica um típico caso de omissão inconstitucional com o caso em que há o desrespeito aos direitos sociais mínimos, ao tratar da omissão em garantir um ensino básico universal, obrigatório e gratuito, na forma prevista no art. 74 da Constituição portuguesa.

Ainda nas lições do autor<sup>4</sup>, a omissão diante do “incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional.” Isto é, mesmo que o preceito constitucional a ser utilizado como parâmetro não esteja expressamente positivado, mas esteja implícito no espírito da Constituição, será possível vislumbrar a inconstitucionalidade omissiva.<sup>5</sup>

Para outros<sup>6</sup>, a omissão inconstitucional consiste na “inobservância de um dever constitucional de legislar, que

---

<sup>4</sup>*Id. Ibid.* p. 1090.

<sup>5</sup> Vale frisar, segundo Ricardo Lobo Torres (In. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009), que os direitos sociais mínimos, denominado pelo autor de "mínimo existencial" não necessita de positivação para ser implementado em razão das raízes jusnaturalistas que os orientam, embora a Constituição brasileira preveja diversos direitos sociais extrapolando, inclusive, os direitos mínimos dos indivíduos. Nos moldes como ocorre na Constituição alemã, berço da Teoria do Mínimo Existencial, onde os direitos sociais mínimos não estão positivados, o Estado pode ofertá-los voluntariamente ou os indivíduos podem pleiteá-los através da força coercitiva do Estado, caso as prestações sociais mínimas não sejam fornecidas voluntariamente, independente de previsão expressa no Texto Constitucional, dada a orientação jusnaturalista dos direitos mínimos.

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.076.

resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.

Transportando essas lições para o objeto da presente pesquisa, percebe-se que a falta da concretização dos direitos sociais através das leis orçamentárias – instrumentos necessários para a efetivação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais mínimos – acarretará uma evidente inconstitucionalidade omissiva, podendo variar de grau ou dimensão prática (tamanho).

Com efeito, a omissão pode ser total ou parcial. Restará configurada a omissão total quando o legislador não empreende providência legislativa reclamada, enquanto a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende parcialmente ou de modo insuficiente os ditames constitucionais. Para sanar as omissões, o legislador constituinte destinou o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

É oportuno salientar ainda que, além da inconstitucionalidade por ação ou omissão, cogita-se da inconstitucionalidade formal e material, seja em razão do desrespeito ao procedimento ou ao conteúdo, respectivamente. Vale repisar, com supedâneo em doutrina de jaez<sup>7</sup> que:

A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Ao revés, a

---

<sup>7</sup> BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1060.

inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichter füllung von Gesetzgebungsaufràgen*).

A inconstitucionalidade material, hodiernamente, é concebida não só como o confronto direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também com a aferição do desvio de poder ou excesso do Poder Legislativo. É, então, possível que a inconstitucionalidade material decorra da ofensa aos fins constitucionais ou pela inobservância ao princípio da proporcionalidade, isto é, verificação se o ato legislativo é adequado e necessário.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionabilidade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motiviinteriori delia volizjone legislativa*). Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo.

Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo.<sup>8</sup>

Proseguem os eminentes autores<sup>9</sup> ao discorrer:

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência. Todavia, 'a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial'.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo.

---

<sup>8</sup>*Id. Ibid.*, p. 1.064.

<sup>9</sup>*Id. Ibid.*, p. 1.064.

Pode-se concluir, a partir das lições colacionadas acima, que o desvio do poder de legislar verificar-se-á, também, diante das omissões dos poderes competentes – Executivo responsável pela iniciativa e Legislativo pela aprovação – em implantar os direitos mínimos instrumentalizados através das leis orçamentárias. Vale frisar em uma síntese arrematadora: o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar suficientemente.

A inconstitucionalidade material também poderá se configurar quando há uma mutação constitucional no dispositivo utilizado como parâmetro. Assim, uma norma que era constitucional poder-se-ia tornar inconstitucional em razão da evolução hermenêutica, um nítido caso de inconstitucionalidade superveniente. Nestes casos, a Corte Constitucional terá que adaptar a técnica de decisão para reger os casos firmados sob a égide da lei que fora reconhecida como inconstitucional supervenientemente, abandonando a simples declaração de nulidade.

Há, ainda, que acrescer outra espécie de inconstitucionalidade comumente suscitada pela doutrina: inconstitucionalidade originária e superveniente, a depender do momento em que fora editada a norma constitucional utilizada como parâmetro.

A doutrina ainda registra a inconstitucionalidade de normas constitucionais, bipartindo-se em duas correntes: “a) uma que admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias; b) outra que sugere, apenas, a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais

iniciais e outras, oriundas de processo de revisão ou de emenda.”<sup>10</sup>

O comportamento estatal a ensejar o controle pode ser um ato normativo ou não normativo, seja ele geral ou individual, abstrato ou concreto, considerando a posição mais atual, com a mudança de entendimento do Supremo para, incluir a possibilidade de controle das leis orçamentárias enquanto instrumentos de realização dos direitos sociais mínimos, denominados de "mínimo existencial".<sup>11</sup>

A relação de desconformidade com a Constituição deve ser direta e imediata e pode ser verificada em relação tanto aos comportamentos do poder público, quanto aos atos particulares, com o temperamento trazido pela corrente que defende a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (eficácia horizontal).

No caso específico das leis orçamentárias anuais, a verificação de compatibilidade ou não com a Constituição poderia abranger aspectos formais e materiais, incluída a omissão total ou parcial quanto à efetivação dos direitos sociais. É disso que cuida o próximo item.

---

<sup>10</sup>Cf. BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.061.

<sup>11</sup> Sobre o tema conferir: OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães. Teoria do Mínimo Existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. V. 14, n. 2, p. 11-32, jul/dez 2012.

### 3. AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO INSTRUMENTOS CONCRETIZADORES DOS DIREITOS SOCIAIS: É POSSÍVEL?

Sintetizando o conceito de orçamento, Kiyoshi Harada<sup>12</sup> informa que o orçamento pode ser entendido como sendo a “lei ânuu, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução da política governamental.” A partir desse entendimento, percebe-se que as leis orçamentárias (ou orçamento), em suas três espécies (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual) configuram-se como leis de efeito concreto em razão de, tradicionalmente, não se lhe atribuir qualquer resquício de normatividade e abstração.

No entanto, não se mostra possível, contemporaneamente, encerrar a discussão acerca da natureza jurídica das leis orçamentárias, porquanto tratar-se de discussão ainda não pacificada na doutrina mundial. O conceito de leis orçamentárias fornecido por Harada inspira-se em Laband.<sup>13</sup>

A teoria de Laband, que influencia a doutrina do Direito Financeiro até os dias atuais, surgiu em um contexto no qual se buscava conferir poderes ao Monarca para gerir as finanças do Estado alemão sem entrar em choque com a representação popular no Parlamento.

Dessa forma, a teoria labandiana previa a bipartição das leis em *lei material*, com a incumbência de tratar das relações intersubjetivas e criar direitos e obrigações para os indivíduos, cuja edição ficaria a cargo do Parlamento; e *lei formal*, que não

---

<sup>12</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. rev. e ampl. Atlas: 2007, p. 90.

<sup>13</sup>CF. SILVA. Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

criaria direitos e obrigações, mas apenas trataria da gestão financeira do Estado, uma vez que sua edição ficaria a cargo do Monarca, sem que houvesse interferência do Legislativo.

Dentro da noção de lei formal, Laband incluiu as leis orçamentárias para conferir poderes ao Monarca sobre as finanças do Estado sem a interferência do Parlamento. Assim, visava eliminar a participação do órgão legislativo na apreciação das leis orçamentárias, colocando-as com exclusividade de apreciação ao Poder Executivo. Como não afetam diretamente a vida da população em suas relações privadas, não mereciam a aprovação pelos seus representantes no Parlamento.

Hodiernamente, num contexto de homenagem aos direitos humanos<sup>14</sup>, não há mais espaço para se compreenderem as leis orçamentárias como meras leis formais, nos moldes propostos na origem por Laband, porquanto instrumentalizam os destinos políticos da nação, incluídos os direitos sociais e garantias de qualidade de vida, incumbência esta que também é conferida ao Poder Legislativo. Excluir o órgão legislativo da edição dos orçamentos implica renegar a tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos amplamente debatidos e ratificados no sistema jurídico nacional.

Em prol da harmonia da ordem constitucional, deve-se promover uma (re)leitura da natureza jurídica dos orçamentos, buscando aquela que, além de harmonizar os ditames constitucionais, concretize os direitos sociais, ao conferir maior

---

<sup>14</sup> De acordo com o art. 4º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado brasileiro deve reger-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, entre outros.

imperatividade às normas constitucionais, consectário do neoconstitucionalismo.

Não se pode olvidar, nessa esteira, que por intermédio dos orçamentos encontra-se a possibilidade de efetivar os direitos sociais, desvinculando as leis orçamentárias da ideia de que se trata de mero instrumento de planejamento financeiro e contábil, desprovido de qualquer efeito prático e sem eficácia jurídica. Ao conferir força normativa aos orçamentos, estes passariam a conter verdadeiras regras de direito, de caráter impositivo, especialmente quando tratarem das prestações relacionadas aos direitos sociais. Contrariamente, se o considerarmos norma jurídica com natureza apenas de lei formal, significaria uma manifestação estatal cujo conteúdo seria destituído de qualquer importância, um plano de gestão, uma vez que não conteria norma jurídica com força vinculante, portanto insuscetível de controle judicial.

É por isso que se faz necessário o tratamento do orçamento também como norma material, pois, ao considerar que seu conteúdo possui norma jurídica vinculante em relação aos direitos sociais, torna-se possível a sua sindicabilidade, isto é, a possibilidade que a própria Constituição assegurou de controle judicial quando não forem realizadas as prestações contidas nos orçamentos (controle de legalidade) ou quando eles não incluírem os direitos sociais (controle de constitucionalidade).

O conteúdo das leis orçamentárias deve necessariamente obedecer aos preceitos constitucionais,

conforme salientado por Barcellos<sup>15</sup> que “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”.

Ora, se for dado aos orçamentos natureza de lei material, os gastos públicos estariam submetidos a normas constitucionais, incluindo aí, por óbvio, os direitos sociais – normas constitucionais que são – de tal forma que a não observância dessa submissão à Constituição por parte do Poder Executivo e Legislativo, quando da elaboração da peça orçamentária, sujeitaria o orçamento – instrumento que veicula os gastos públicos – a aferição da constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

### **3.1. O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E O CONTROLE JUDICIAL**

Aponta-se como principal responsável pelo não conhecimento das ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a interpretação dada ao art. 102, I da CF/88, que se refere à lei ou ato normativo, sendo normativo o que é abstrato, geral e impessoal.

---

<sup>15</sup> BARCELLOS. Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15. Salvador: jan-mar 2007. <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 19 de março de 2015.

Para Norberto Bobbio<sup>16</sup>, “a palavra ‘norma’ faz pensar em uma regulamentação continuada de uma ação, e é, portanto, mais apta para designar apenas as normas em abstrato”.

O Supremo negou conhecimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.716/DF<sup>17</sup>, que versava sobre Medida Provisória que alterava o orçamento anual sem que houvesse prévia autorização do Legislativo. *In casu*, o Min. Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE alegou não ser possível o controle de constitucionalidade sobre tais normas sob o argumento de que em tal caso “não se tem regra de direito, dotada de generalidade, mas norma individual plúrima, isto é, que impõe a destinatários determinados – os responsáveis pelos recursos que especifica – certa conduta individualizada e única (...)”.

Percebe-se que o STF adotava entendimento de que apenas as normas dotadas de efeitos gerais poderiam ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade pelo suposto argumento de que apenas tais leis veiculam regras de direito. A Corte Maior, claramente, vincula aí a noção de lei de efeito concreto com a de norma individual, consoante se observa no seguinte fragmento: “... não se presta a ação direta ao controle de legitimidade constitucional de atos que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeitos concretos, compreendidos como tais as normas individuais de autorização de atos administrativos”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2005, p. 181.

<sup>17</sup> STF – ADI 1.716/DF – j. em 19/12/1997 – DJ 27/03/1998, p. 4. Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>18</sup> STF – ADI 1.716/DF – j. em 19/12/1997 – DJ 27/03/1998, p. 12. Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

O que se pode pensar, *prima facie*, é que a diferença entre uma norma geral e individual reside nos seus destinatários, naquela os destinatários seriam indeterminados enquanto nestas determinados. Entretanto, percebe-se que a Corte Maior segue a doutrina de Kelsen<sup>19</sup>, para quem a distinção é um pouco mais ampla, residindo não só nos destinatários, mas também na conduta imposta: se a norma impõe uma conduta específica ou não, conforme se observa:

O caráter individual de uma norma não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas de modo geral. *Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada.* (destaque acrescido).

Conclui Kelsen<sup>20</sup>, asseverando a distinção entre norma geral e individual:

O que é devido numa norma – ou ordenado num imperativo – é uma conduta definida. Esta pode ser uma conduta única, individualmente certa, conduta de uma ou de várias pessoas individualmente; pode, por sua vez, de antemão, ser um número indeterminado de

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris editor. 1986, p. 10-11.

<sup>20</sup> Id. Ibid. p. 10-11.

ações ou omissões de uma pessoa individualmente certa ou de uma determinada categoria de pessoas. Esta é a decisiva distinção.

Percebe-se, pela distinção ora transcrita e pela análise dos excertos de jurisprudência acostados anteriormente, que o Supremo atribui natureza de lei individual aos orçamentos por, supostamente, terem como destinatário o chefe do Executivo e por exigir deste um único comportamento, qual seja, elaborar o plano de governo a ser veiculado no orçamento. E, como a Suprema Corte considerava a peça orçamentária apenas como lei formal, não conferia importância ao seu conteúdo, deixando livre o Administrador Público para inserir o que quiser, já que se submeterá apenas ao crivo do Legislativo, que tantas vezes chancela desmandos, dado o elevado poder de barganha do Executivo.

Em outra via, Norberto Bobbio<sup>21</sup> prescreve que a distinção entre norma geral e individual reside apenas nos destinatários, quando diz que as proposições universais são aquelas que têm como sujeito uma classe composta por vários membros, enquanto as proposições singulares são aquelas em que o sujeito representa um indivíduo singular.

Kelsen, cujo entendimento era acolhido pelo STF, trata as normas universais e gerais como sinônimas, ao passo que Norberto Bobbio<sup>22</sup> as distingue, uma vez que este jurista aduz que normas gerais são aquelas “que são universais em relação aos destinatários, e ‘abstratas’ aquelas que são universais em

---

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005, p. 178.

<sup>22</sup> Id. *Ibid.*, p. 180.

relação à ação”, ou seja, norma abstrata seria aquela que com um único comando permite uma série de condutas.

A título de síntese, pode-se aduzir que, para Kelsen, as normas individuais são aquelas que têm como destinatário um ser individual e uma ação específica, enquanto que Bobbio entende como normas individuais apenas as que possuem um destinatário individualizado, sendo que, para Bobbio, as normas que exigem uma ação específica são denominadas de normas concretas. Das lições de Kelsen é que se nota frequentemente o uso dos termos ‘geral’ e ‘abstrato’ como sinônimos, e, por conseguinte, os termos ‘individual’ e ‘concreto’. Bobbio, porém, diverge de Kelsen ao consignar que é possível existir uma norma geral e concreta, assim como uma norma individual e abstrata, razão pela qual colide com a lição proposta por Kelsen e adotada pelo Supremo.

A noção de norma concreta e abstrata é dada, segundo Bobbio<sup>23</sup>, pelo fato de a primeira (norma concreta) regular uma ação singular ao passo que a segunda (norma abstrata) regula uma ação universal, isto é, admite uma pluralidade de condutas com um único comando. Há que se acrescentar ainda uma distinção: o fato de a norma concreta prever uma única ocorrência sem possibilidade de reprodução futura, enquanto que a norma abstrata é possível sua repetição.

Com os conceitos e distinções postos entre normas gerais e individuais de um lado e normas abstratas e concretas do outro, partamos para uma análise dos orçamentos a fim de buscar uma classificação que privilegie a realização dos direitos

---

<sup>23</sup> Id. Ibid. p. 181.

sociais, para permitir o controle de constitucionalidade dos orçamentos como mais um mecanismo para esse escopo.

O Supremo, como demonstrado, compreendia as leis orçamentárias como sendo de natureza concreta e individual, o que supostamente impedia que fossem apreciadas via controle de constitucionalidade. Entretanto, é possível visualizar a existência de normas gerais e abstratas nos orçamentos quando temos as despesas já inseridas naquela peça. Ora, os destinatários daquelas prestações materiais são indeterminados, sendo toda a coletividade (norma geral) e ainda é possível visualizar uma quantidade enorme de prestações possíveis, as quais são perfeitamente reproduzíveis (norma abstrata), como exemplo o fornecimento de medicamentos e o ensino disponibilizado a toda coletividade, que são prestações repetíveis, que se renovam constantemente, característica essa das normas abstratas.

Entretanto, Sandoval Alves da Silva<sup>24</sup> ressalta que, quando da análise dos orçamentos é possível atribuir classificação normativa diversa a cada espécie de despesa. Exemplifica o autor que a construção de um hospital se enquadraria na noção de norma geral e concreta, pois o beneficiário é indeterminado (norma geral) e uma vez construído o hospital tem-se por concluída e irreproduzível a despesa (norma concreta).

Prossegue o autor exemplificando a possibilidade de classificar determinada despesa como norma individual e abstrata, como por exemplo, a dotação para pagamento da

---

<sup>24</sup>SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 231.

remuneração do médico, pois, tem-se como obrigação individual, com destinatário especificado (norma individual), havendo possibilidade de repetição desse pagamento, uma vez que se tem uma obrigação de trato sucessivo que se renova mensalmente (norma abstrata).

O que se quer concluir é que não é possível que o STF, com a devida *venia*, atribua ao orçamento a natureza exclusiva de norma concreta e individual e, sob esse argumento, negue a possibilidade de aferição da constitucionalidade, pois, como demonstrado em alguns exemplos, é possível enxergar múltiplas possibilidades de classificação dos orçamentos, não havendo razão para ainda subsistir o argumento sustentado pelo Tribunal Constitucional, tomando-o como absoluto.

Ademais, o Supremo atribui a natureza de lei formal às leis orçamentárias por acreditar que nelas não constam normas jurídicas, entendimento esse que, a nosso ver e salvo melhor juízo, precisa ser revisto, de forma que seja atribuída força normativo-vinculante aos orçamentos, verdadeira imposição ao Administrador Público, conforme salienta Sandoval Alves da Silva<sup>25</sup>:

(...) o orçamento, quando fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato

---

<sup>25</sup> Id. Ibid. p. 231.

as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos.

O papel dos orçamentos é exatamente delimitar a realização dos direitos plasmados na Constituição Federal. Uma vez pronto, nasce para o gestor público o poder-dever de implantar as políticas que o mesmo contribuiu para que fossem delimitadas, já que, dentro da leitura aqui defendida, as leis orçamentárias possuem também a natureza de lei material com força normativo-vinculante, máxime nas disposições atinentes aos direitos sociais, de modo que se não for dado ao Judiciário o poder de maior intervenção nas políticas públicas, certamente estaremos mais distantes de uma efetivação dos direitos sociais.

Felizmente, o Supremo sinaliza mudança de entendimento após sucessivos julgamentos em que se negou preliminarmente o conhecimento do controle de constitucionalidade em sede de leis orçamentárias. O primeiro julgamento, anteriormente citado, mas que não custa repetir, em que se verificou essa mudança de interpretação foi na ADI nº 2.925/DF de relatoria do Min. Marco Aurélio:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup>STF - ADI 2925, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00112 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 52-96.

Esse certamente foi o julgamento que inaugurou uma nova fase na jurisprudência da Corte. Posteriormente, o voto do Min. Rel. Gilmar Mendes na ADI nº 4.048/DF, abaixo consignado, foi no mesmo sentido, seguido pela maioria do Pleno, ao conceder medida cautelar suspendendo a vigência de Medida Provisória do Presidente da República e sua posterior conversão em lei que abria créditos extraordinários sem que houvesse os requisitos para tanto. O Tribunal deixou latente a necessidade de revisão de sua jurisprudência que estava sedimentada no sentido de não conhecer matérias orçamentárias em sede de controle de constitucionalidade, conforme ADI nº 4.048 MC de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS  
ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA.  
O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua  
função precípua de fiscalização da  
constitucionalidade das leis e dos atos normativos  
quando houver um tema ou uma controvérsia  
constitucional suscitada em abstrato,  
independente do caráter geral ou específico,  
concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade  
de submissão das normas orçamentárias ao  
controle abstrato de constitucionalidade.<sup>27</sup>

Resta saber se essa tendência jurisprudencial se confirmará, a bem da proteção constitucional. Como salienta

---

<sup>27</sup> ADI 4048 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator (a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 14/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 22/08/2008.

Sandoval Alves da Silva<sup>28</sup>, não admitir o controle constitucionalidade dos orçamentos “é deixar o Poder Executivo livre para cometer inconstitucionalidades”.

Para contribuir com essa compreensão, houve recentemente a aprovação e promulgação da Emenda Constitucional nº 86/2015, que colocou as finanças estatais no centro do debate. Isso porque criou a figura do "orçamento impositivo", ao incluir o § 9º e § 11 no art. 166 da *Lex Legum*<sup>29</sup>.

A rigor, a aprovação da Emenda foi alimentada pelo objetivo de que as emendas individuais parlamentares ao Orçamento da União fossem executadas, evitando-se os frequentes contingenciamentos realizados pelo Executivo<sup>30</sup>. Esquivando-se de eventuais interesses eleitoreiros que possam conduzir as emendas parlamentares ao orçamento, fato é que a Emenda representou, ainda que timidamente, um avanço em matéria de direitos sociais, ao obrigar que metade das emendas parlamentares seja destinada a ações e serviços públicos de saúde, o que corresponde a 0,6% da receita corrente líquida, algo próximo a R\$ 4 bilhões de reais, tomando-se como referência o orçamento de 2014.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> SILVA, Sandoval Alves. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 220.

<sup>29</sup> § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

§ 11 É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165.

<sup>30</sup> Importante frisar que o contingenciamento das emendas parlamentares só poderá ocorrer em caso de ameaça de descumprimento da meta do *superávit* primário, conforme art. 166, § 17 da Constituição, com redação dada pela EC nº 86/2015.

<sup>31</sup> SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. **Revista Consultor Jurídico**, de 24 de março de 2015. Disponível em:

Sendo assim, a *novel* previsão constitucional contempla o direito social à saúde ao mesmo tempo em que impõe transversalmente uma participação legislativa nas políticas públicas, sem olvidar que afasta (ou minimiza) as negociações políticas em que a liberação da emenda condiciona-se a votação do parlamentar em matéria favorável ao governo.

A execução das emendas parlamentares obedecerá a um critério equitativo "que atenda de forma igualitária e impessoal às emendas apresentadas, independentemente da autoria", como dispõe o § 18, do art. 166 da Constituição Federal com redação dada pela EC nº 86/2015.

A obrigatoriedade da execução só será afastada em caso de impedimento de ordem técnica que iniba o empenho da despesa, devendo-se comunicar ao Legislativo no prazo de 120 (cento e vinte) dias que, se tratar de impedimento insuperável, poderá o Legislativo indicar ao Executivo o remanejamento da programação daquela verba, que deverá encaminhar esta reprogramação como projeto de lei em até trinta dias ou até a data de 30 de setembro, conforme art. 166 com redação conferida pela EC nº 86/2015.

Outro importante avanço trazido pela Emenda Constitucional nº 86/2015, em matéria de direitos sociais, encontra-se no art. 198, § 2º, I, da Constituição, que obriga a União a investir no mínimo 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida em saúde. Até então o *quantum* constitucional a

ser investido na saúde demandava um cálculo com variáveis arrecadatórias.

O orçamento é lei e, como qualquer outra, precisa ser cumprido pelos poderes responsáveis que também devem curvar-se aos ditames insculpidos na Lei Fundamental quando de sua edição, como os que preveem os direitos sociais, uma vez que também são parâmetros de constitucionalidade em razão da força normativa conferida hodiernamente, máxime com os novos paradigmas do neoconstitucionalismo<sup>32</sup> e da Teoria do Mínimo Existencial<sup>33</sup>.

#### **4. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Em sistemas constitucionais considerados rígidos, como o brasileiro, a edição de leis devem obedecer formal e materialmente à Carta Suprema, de tal modo que o controle de constitucionalidade dos atos normativos mostra-se de fundamental importância, porquanto atua como mecanismo de combate aos excessos e omissões dos poderes constitucionalmente incumbidos da elaboração de leis e demais atos normativos. Faz-se, então, necessário que a edição legislativa obedeça a uma série de limitações e imposições para

---

<sup>32</sup> Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 60, p. 137-179, 2006.

<sup>33</sup> Sobre o tema, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.

que possa produzir seus regulares efeitos e garantir a supremacia hierárquica da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, não há razão para se excluir as leis orçamentárias deste controle, uma vez que contemplaria a força normativa das disposições constitucionais que necessitam de tais leis para serem concretizadas e, também, permitiria decisões *erga omnes*, atingindo aqueles que não ingressaram no Judiciário ante a falta de meios que permitam o acesso à justiça.

#### **4.1. A DOGMÁTICA DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ANA PAULA DE BARCELLOS: DISCUSSÕES PREAMBULARES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS**

Faz-se necessário se estabelecerem os caminhos pelos quais aqueles que advogam a possibilidade desse controle e, por conseguinte, de uma Constituição efetiva, devem percorrer. E quais os outros percalços que certamente serão encontrados nessa jornada, com o cuidado para que não seja transferida para o Judiciário toda esperança no sentido de dar efetividade à Carta Magna, bem como buscar um meio de equilíbrio entre todos os postulados constitucionais, muitas vezes conflitantes.

Assim, a fim de estabelecer um esboço teórico que viabilize o controle judicial das políticas públicas – e, neste prisma, o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias –, Ana Paula de Barcellos<sup>34</sup> destaca três pontos que não podem

---

<sup>34</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. No. 15. Salvador: jan-mar 2007, p. 16. <<http://www.direitopublico.com.br>> Acessado em 08 abril de 2015.

ser renegados para esse fim: (i) a *identificação dos parâmetros de controle*; (ii) a *garantia do acesso à informação*; e (iii) a *elaboração dos instrumentos de controle*. Tais pontos serão a seguir delineados, seguindo a esteira da renomada autora.

#### **4.1.1. IDENTIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONTROLE**

O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário pressupõe uma análise dos parâmetros que servirão de orientação para o magistrado em sua decisão. É certo que o ordenamento jurídico, mais precisamente a Constituição Federal, é este paradigma. No entanto, é preciso delimitá-lo para fins de sistematização, já que se pretende a formação de esboço teórico que viabilize este controle.

Para uma perfeita identificação desses parâmetros, cabe responder as indagações: quais são os fins que a Constituição busca realizar? Quais as ações práticas que esses fins constitucionais almejam? As respostas a esses questionamentos definirão os parâmetros constitucionais que servirão de norte para a decisão do magistrado, quando se defrontar com demanda cujo objeto exija este tipo de controle jurisdicional.

Como resposta aos questionamentos, a dignidade da pessoa humana despontaria como o primeiro fim que a Constituição e o Ordenamento Jurídico como um todo buscam realizar, uma vez que é considerada (a dignidade da pessoa humana) o supra-princípio da ordem jurídica. Entretanto, é necessário dar contornos práticos a seu conteúdo, de modo a definir qual a conduta imposta à Administração Pública no sentido de efetivar o referido princípio. Qual seria essa conduta?

Sem dúvida a proteção dos direitos fundamentais seria a resposta devida, e, para a efetivação dos direitos sociais, que ora nos interessa, faz-se necessário o estabelecimento de prioridades nas leis orçamentárias, uma vez que são instrumentos de promoção desses direitos, porquanto, se tais prioridades não forem asseguradas pelo poder competente, tem-se como violado o núcleo essencial da Constituição Federal.

Ressalte-se, por fim, que a Carta Magna estabeleceu contornos jurídicos a certas políticas públicas, fixando o *quantum* que cada ente federativo deve investir em determinadas áreas, evidenciando aí mais um razão pela qual se faz necessário um permanente controle judicial.

Nesse diapasão, Ana Paula de Barcellos identifica três tipos de parâmetros.<sup>35</sup>

a) *Puramente objetivo*: refere-se à quantidade de recursos que devem ser investidos em finalidades específicas, trazidas na Carta Magna, não podendo o controle jurisdicional ser afastado dos orçamentos públicos nesse ponto. Tal parâmetro, segundo a autora, pode ser encontrado nos arts. 212, 198, § 2º e 195<sup>36</sup> da Constituição Federal de 1988, uma vez que

---

<sup>35</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. No. 15. Salvador: jan-mar 2007, p. 18-20. <<http://www.direitopublico.com.br>>Acessado em 08 de abril de 2015.

<sup>36</sup>(i) *Referente ao investimento da União e dos Estados em educação*:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, **nunca menos de dezoito**, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **vinte e cinco por cento, no mínimo**, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (Grifos acrescidos)

(ii) *Referente ao investimento mínimo na saúde*:

Art. 198, § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

nestes dispositivos estão previstos o *quantum* a ser investido pelo Estado na área social.

Tal parâmetro mostra-se importante, uma vez que é possível ao Judiciário aferir objetivamente se foi investido o mínimo constitucional em cada rubrica e, assim, verificar a constitucionalidade ou não do orçamento. A previsão de vinculações na Carta Magna só vem a acentuar o caráter normativo, e não meramente programático das regras constitucionais – ao menos aquelas que dizem respeito aos direitos sociais fundamentais – que prescrevem políticas públicas, tornando inafastável o controle jurisdicional.

Entretanto, o acesso a tais informações pode ser obstáculo para o efetivo controle. Por exemplo, o mínimo constitucional a ser investido na educação pressupõe o conhecimento da arrecadação de impostos, e se tais informações não forem disponíveis pode-se inviabilizar tal controle, devendo-

---

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(iii) *Referente aos investimentos previstos em seguridade social provenientes das receitas das contribuições sociais:*

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

se os interessados valerem-se dos remédios constitucionais para a obtenção de tais informações.

*b) Resultado final esperado com a ação estatal:* não é difícil perceber que a Constituição visa a prestigiar a dignidade da pessoa humana, tanto que prevê a proteção de inúmeros bens jurídicos que se encontram dispostos principalmente nos arts. 5º e 6º. No entanto, o Estado é incapaz de garantir todas essas prestações a contento, de modo que se faz necessário selecionar aquelas que serão prioritárias, sacrificando outras de menor prioridade. Foi com esse intuito que Ricardo Lobo Torres<sup>37</sup> tratou acerca da Teoria do Mínimo Existencial, em que apenas determinados direitos sociais estariam protegidos, como o caso direito à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social), educação e assistência jurídica, desconsiderando os demais, que só seriam implantados após esses direitos mínimos já tivessem sido efetivamente garantidos. Já no que tange aos direitos fundamentais do art. 5º, todos estariam protegidos, visto a maioria deles serem de primeira geração, sem que necessite prestações positivas do Estado e, ademais, o seu § 1º já lhes garante eficácia plena.

Assim, Ana Paula de Barcellos propõe que o Poder Público estabeleça metas a serem prioritariamente perseguidas, tendo em vista a incapacidade financeira do Estado e, uma vez estabelecidas, verificar se os resultados estão sendo efetivamente alcançados. Caso não, outros gastos não

---

<sup>37</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

prioritários não poderão ser realizados.<sup>38</sup> Portanto, apenas depois de alcançado esse mínimo, é que o Poder Público poderá passar a realizar outros serviços e gastos.

*c) Controle dos meios políticos para atingir os fins:* fixados os fins constitucionais das políticas públicas, resta necessário ainda definir quais os meios que o Poder Público poderá se valer para alcançá-los, os quais não foram fixados expressamente na Constituição Federal. É nesse ponto que entra a discricionariedade política do Administrador, que poderá se valer do meio que julgar oportuno e conveniente para alcançar a finalidade definida na Carta Magna. Pode-se até negar o controle de tais meios, mas Ana Paula de Barcellos mostra-se favorável, ressaltando que em tal controle o magistrado certamente necessitará de um auxílio técnico-científico para concluir se o meio escolhido é eficiente ou não. Assim aduz a autora<sup>39</sup>:

Não se trata, repita-se, de julgar entre eficiências maiores ou menores, nem de substituir a avaliação política da autoridade democraticamente eleita pela do juiz, mas apenas de eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada. Assim, se houver consenso técnico-científico de que o meio escolhido pelo Poder Público é ineficiente, ele será também juridicamente inválido, pois não se poderá considerá-lo um meio legitimamente destinado a realizar o fim constitucional.

---

<sup>38</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. No. 15. Salvador: jan-mar 2007, p. 18-25. <<http://www.direitopublico.com.br>> Acessado em 08 de abril de 2015.

<sup>39</sup>Id.Ibid. p. 24.

Tais parâmetros só serão devidamente aplicados quando for assegurado o acesso a informações das receitas e despesas, considerando que se faz necessário conhecer, no caso da educação, os recursos arrecadados, na forma do art. 212 da Constituição Federal para que então se saiba o *quantum* mínimo a ser investido nesse essencial serviço público.

A falta de transparência tanto na arrecadação quanto nos gastos é outro problema a ser enfrentado na busca pela efetivação dos direitos sociais fundamentais. Em que pese a prestação de contas ser um mandamento constitucional plasmado no art. 70, parágrafo único,<sup>40</sup> o mesmo não é feito espontaneamente pelo Poder Público, podendo o Judiciário exigir coativamente a divulgação das arrecadações e gastos quando provocado. Demonstrando o problema, Ana Paula de Barcellos<sup>41</sup> aduz:

(...) os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. Ora, se os parâmetros de controle objetivos já previstos no texto constitucional, e.g, para investimentos mínimos em saúde e educação devem ser calculados com base em um combinado de receitas oriundas de tributos específicos, a ignorância acerca de tais informações dificulta a aplicação do parâmetro

---

<sup>40</sup> Art. 70, Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

<sup>41</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. No. 15. Salvador: jan-mar 2007, p. 25. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acessado em 08 de abril novembro de 2015.

(...) os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos. As despesas estão associadas a rubricas bastante amplas, como, e.g., “Encargos especiais”, ou aos órgãos públicos (e.g., Ministérios e Secretarias), sem que se possa saber ao certo o que foi investido na atividade fim do órgão.

Como meio a sanar esse obstáculo, acreditamos que o Mandado de Segurança se mostra como um remédio apto a compelir a Administração a divulgar a arrecadação e as contas públicas quando não o forem espontaneamente apresentadas, eis que a arrecadação de tributos, na forma do art. 212 da Carta Magna<sup>42</sup>, é pressuposto necessário para se saber o *quantum* mínimo que deve ser investido, por exemplo, na educação – prestação abarcada pelo mínimo existencial.

Assim, ante o direito da coletividade insculpido no art. 5º, incisos XIV e XXIII,<sup>43</sup> sem olvidar o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) que rege a conduta administrativa, o Mandado de Segurança<sup>44</sup> mostra-se, sem

---

<sup>42</sup>Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

<sup>43</sup>Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(...)

<sup>44</sup>Constituição Federal - Art. 5º, LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

excluir outras ações ordinárias, como meio apto a descortinar o *quantum* foi arrecadado em tributos para saber se o mínimo constitucional exigido está sendo efetivamente cumprido nas leis orçamentárias, quando da deflagração do controle de constitucionalidade das prestações relativas ao mínimo existencial, uma vez que aquela informação é necessária para ser o parâmetro de aferição da constitucionalidade.

Acrescente-se ainda a importância de se ter acesso a tais informações. Do ponto de vista jurídico possibilita o controle judicial das contas públicas. Na perspectiva do controle social assegura ao povo a essencial fiscalização sobre os atos administrativos. Na dimensão política, essas informações fortalecem o próprio Estado Democrático de Direito, seja periodicamente nas eleições, seja através de manifestações públicas onde se demonstrem insatisfações e se cobrem mudanças.

#### **4.1.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS À INOBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS**

Postos os parâmetros a serem cotejados judicialmente frente ao descumprimento por parte dos responsáveis pela gerência das políticas públicas, resta ainda definir quais as consequências jurídicas, isto é, quais as medidas que poderá o Judiciário tomar de modo a suprir a omissão dos demais poderes e até punir aqueles infratores da ordem constitucional. Ana Paula

---

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

de Barcellos<sup>45</sup> propõe que em primeiro lugar seja aplicada uma penalidade ao infrator; posteriormente, proibição de que sejam realizados outros gastos que não sejam os prioritários; e, por fim, que seja possibilitado ao Judiciário determine o investimento nas metas constitucionais, através da intervenção no orçamento.

No que concerne à penalidade do agente público, a própria Constituição tratou de prever no art. 85 a sua responsabilidade, *in casu*, do Presidente da República ante o descumprimento dos mandamentos constitucionais quanto aos direitos sociais fundamentais.<sup>46</sup>

Pode-se acrescentar outra penalidade a ser imposta, mormente nos casos de omissão inconstitucional, a perda da competência constitucionalmente atribuída e a consequente atribuição a outro órgão.

Já com relação à intervenção do Judiciário nas despesas, de modo a determinar que os recursos sejam investidos nos direitos sociais mínimos, já se apontou o exemplo do direito à saúde, propondo-se a técnica de remanejamento de recursos<sup>47</sup>, que parece ser adequada e de menor complexidade. A referida técnica consistiria “na substituição de rubricas orçamentárias, transferindo recursos previstos para despesas supérfluas e

---

<sup>45</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. No. 15. Salvador: jan-mar 2007, p. 28. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acessado em 08 de abril de 2015.

<sup>46</sup>Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

*Omissis*

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

*Omissis*

VI – a lei orçamentária;

<sup>47</sup>BRITO, Lauro Gurgel de. Controle jurisdicional sobre o orçamento público para efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. Ed. N° 5. Março-2007. p. 510.

alocando-os para os serviços públicos de saúde, que são de altíssima relevância”.

Vale lembrar a ressalva de que a alteração da lei orçamentária anual por meio de remanejamento, transposição ou transferência de recursos precisa, em regra, de autorização legislativa, salvo se o próprio Legislativo permitir genericamente que o Executivo altere sem a referida autorização específica<sup>48</sup> ou decorra de ordem judicial. A própria Carta Magna prevê a abertura de crédito extraordinário, presentes os requisitos da imprevisibilidade e urgência, exigidos pelo art. 167, § 3º da Constituição Federal de 1988.<sup>49</sup>

Frise-se que tal técnica de remanejamento de receitas, embora exemplificada para o direito à saúde, também se aplica às demais prestações relacionadas aos direitos sociais, podendo ser realizada por ato voluntário do próprio Executivo com a autorização legislativa, ou por ordem judicial, neste caso e em nosso entendimento, sem necessidade de aprovação pelo Legislativo, em razão da possibilidade de que os legisladores não chancelem a ordem judicial, esvaziando o provimento jurisdicional diante da autonomia política do Poder Legislativo, que não pode ser obrigado a aprovar algo que não concorda.

Com efeito, se fosse construída toda uma dogmática em prol de um controle judicial das políticas públicas e, ao final, não fosse possível promover efetivamente os direitos sociais, de nada

---

<sup>48</sup> STF – ADI 1.716/DF – j. em 19/12/1997 – DJ 27/03/1998, p. 4. Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>49</sup>Art. 167. (...) § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

adiantaria toda essa construção teórica, uma vez que seria inócua pragmaticamente, desprovida de alcance social.

Existe, portanto, um conjunto de meios ou instrumentos disponíveis para se acionar o Judiciário na busca da efetivação dos direitos sociais fundamentais, a citar o Mandado de Segurança (individual ou coletivo), Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, as ações processuais ordinárias (como a de obrigação de fazer, por exemplo) entre outros, além do controle de constitucionalidade, quer na sua via concentrada ou difusa. Cabe aos atores sociais promovê-las e, sugestivamente investidos dos argumentos aqui defendidos, construir um país socialmente mais.

Nesse prisma, dada a magnitude do tema e os estreitos objetivos do presente trabalho, optamos por restringir o estudo ao controle judicial, limitado este, por sua vez, ao âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, por considerá-lo compatível para a solução dos entraves à efetivação do mínimo existencial, permitindo eficácia *erga omnes*, ressaltando que existem outros meios de efetivá-los pela via do controle difuso de constitucionalidade, o que já se abordou noutros trabalhos.

## **5. LEIS ORÇAMENTÁRIAS VERSUS DIREITOS SOCIAIS: POSSIBILIDADES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias, no que atine aos direitos sociais, pode ser aferido, em nosso entendimento, sob um único aspecto: controle da **Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

omissão<sup>50</sup>. Não se vislumbra a inconstitucionalidade por ação, pois, se a prestação relativa ao direito social não foi inserida no orçamento em razão de ter-se optado de forma intencional por alguma despesa de menor importância em detrimento dos direitos sociais (v.g., publicidade em prejuízo à saúde), tem-se uma omissão total. Se, contudo, a prestação relacionada ao direito social for incluída, mas não de forma satisfatória, tem-se uma omissão parcial.<sup>51</sup> Se a prestação foi incluída na peça orçamentária, mas não foi viabilizada pelo gestor público, também se configura uma omissão. Desse modo, para que sejam efetivados os direitos sociais em sede de controle abstrato, tem-se a possibilidade de manejo pelos legitimados ativos<sup>52</sup> da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Cumpre frisar que é possível controle de constitucionalidade comissivo em sede de leis orçamentárias, mas não no que atine aos direitos sociais. A possibilidade de controle comissivo (ou por ação) ficou latente no julgamento da ADI 4.048 (julgado em 14/05/2008). *In casu*, foi declarada inconstitucional Medida Provisória editada pelo Presidente da República que havia aberto crédito extraordinário por aquela espécie normativa alegando estarem presentes os requisitos da relevância e urgência do art. 62 da CF/88. Ocorre que para a abertura de crédito extraordinário, consoante art. 167, § 3º da CF/88, faz-se necessária a existência de guerra, comoção interna ou calamidade pública entre outras situações, o que limita a discricionariedade administrativa do Presidente da República prevista no art. 62. Entretanto, em matéria de direitos sociais, o controle de constitucionalidade comissivo, isto é, por ação, não se mostra possível.

<sup>51</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2011, p.404.

<sup>52</sup> De acordo com o art. 103 da Constituição Federal, são legitimados ativos: I - o Presidente da República; II - a mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; III - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - partido político com representação no Congresso Nacional e; VII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>53</sup> Também se visualiza a possibilidade de ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Neste caso, a supremacia axiológica que afeta os direitos sociais – norteados pelo valor supremo da dignidade da pessoa humana – coloca-os em patamar de preceito fundamental, cuja ação ou omissão estatal em sua implementação configura o seu descumprimento. Em casos excepcionais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva se mostra plausível, uma vez que os direitos da pessoa humana e investimentos em saúde e educação estão entre os princípios constitucionais sensíveis.

A competência para apreciar a ADI por omissão das leis orçamentárias será do Supremo Tribunal Federal, quando o ente federativo omissor for a União ou algum estado-membro, uma vez que se tenha ofensa à Carta Magna. Impende ressaltar que os Estados, ao organizarem o seu Poder Judiciário, podem instituir o controle de constitucionalidade omissivo em face de suas Constituições, quando a competência será do Tribunal de Justiça, caso se trate de lei orçamentária estadual ou municipal que ofenda a Constituição do Estado.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade das leis orçamentárias será as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais, mormente com a força normativa conferida pelo neoconstitucionalismo e pela Teoria do Mínimo Existencial, estejam tais disposições positivadas na Constituição Federal ou na Constituição Estadual, uma vez que tais normas constitucionais, por serem de eficácia limitada<sup>54</sup>, exigem atuação estatal para sua efetivação.

O objeto do controle, por sua vez, será a omissão estatal em não inserir os direitos sociais no orçamento ou contemplá-los de forma insuficiente. Assim, a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas definidoras de direitos sociais.

A declaração de inconstitucionalidade obedecerá à regra geral plasmada nos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.868/99, isto é, pelo menos oito ministros para instalar a sessão e o voto de seis

---

<sup>54</sup> Sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ministros para o reconhecimento da inconstitucionalidade omissiva. Com a alteração promovida pela Lei nº 12.063/2009, acrescentou-se o art. 12-F à Lei nº 9.868/99, prevendo a possibilidade de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, em caso de relevância e urgência da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observada a presença na sessão de pelo menos oito Ministros, poderá conceder medida cautelar. A referida medida poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou administrativos, ou outras providências fixadas pelo Tribunal.

### **5.1. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OMISSIVA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS**

Analisando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade omissiva, nos termos do art. 103, § 2º da Constituição Federal, percebe-se que deve ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Se a omissão for puramente administrativa (*v.g.*, disponibilizar determinado serviço público de saúde), percebe-se que a previsão constitucional de o órgão jurisdicional determinar que a Administração Pública supra a omissão em trinta dias mostra-se plenamente viável.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Caso a omissão seja atinente à prestação já inserida em lei orçamentária, não poderá ser suprida via controle concentrado de constitucionalidade, mas sim por meio de procedimentos ordinários e

Entretanto, há que ser considerada a situação na qual a prestação relativa ao direito social não está prevista no orçamento, merecendo averiguar as peculiaridades das leis orçamentárias e as urgentes necessidades de se tutelar os direitos sociais. Logo, não seria razoável que a pronúncia de inconstitucionalidade acarretasse apenas na ciência aos poderes, como disserta a doutrina:

Aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao órgão inerte, a fim de que ele supra a omissão, não condiz com o real intento do legislador constituinte, haja vista que tal resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo, da efetividade da Constituição, pois nada garante que o poder público omisso, comunicado da decisão, irá suprir a omissão.<sup>56</sup>

Em casos de inconstitucionalidade por omissão parcial também não se mostra adequada a exclusão do orçamento inconstitucional da ordem jurídica. Assim, a opção pela nulidade do ato normativo é injustificada e incongruente, em razão de que a ilegitimidade não está naquilo que está expresso, mas sim no que está omisso, isto é, aquela prestação que não foi contemplada. E, em casos de omissão parcial, a pronúncia de

---

especiais (controle de legalidade), visto que só falta a execução material dos comandos expressos em lei orçamentária.

<sup>56</sup> CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2011, p. 412.

inconstitucionalidade poderia acarretar a nulidade de disposições que estão em conformidade com a Carta Magna.

Dessa forma, é que se faz necessário adaptar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade às peculiaridades que as leis orçamentárias trazem. Assim, é razoável admitir que o Judiciário possa, em caso de inconstitucionalidade das leis orçamentárias, valer-se da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, preservando aquelas partes que estão em conformidade com a *Lex Legum*, nos casos de inconstitucionalidade parcial.

Nesses casos, bem como nas situações de omissão total, pode-se admitir a possibilidade de o Judiciário ter poderes para determinar ao poder competente que promova, em tempo razoável, as alterações necessárias na peça orçamentária, de modo a contemplar as prestações relativas aos direitos sociais, realizando, por exemplo, o remanejamento de despesas de área não prioritárias, como a publicidade institucional, e realocando-as para fins de concretização de direitos sociais.

A necessidade de delimitação do tempo para que o poder competente realize as alterações é de ordem lógica, uma vez que as leis orçamentárias caracterizam-se por serem leis de vigência temporária, não sendo possível entrar em um exercício financeiro sem orçamento elaborado e aprovado.

Entretanto, podem surgir indagações como: a decisão do órgão jurisdicional teria caráter sugestivo ou representaria uma legítima ordem sobre a qual não caberia faculdade ao Executivo de seu cumprimento? Entendemos que a decisão deve ser

encarada como uma verdadeira ordem (caráter mandamental),<sup>57</sup> sob pena de se tornar inócuo o provimento judicial, que tem como principal característica a coação, respondendo a autoridade pelo crime de responsabilidade, caso descumpra (Lei nº 1.079/50). Não se teria, propriamente, uma condenação aos poderes para deflagrarem o processo legislativo orçamentário, mas sim o cumprimento das disposições normativas da Constituição, de modo a promover a efetivação dos dispositivos constitucionais.

Pode-se ainda indagar, posteriormente às alterações que o Judiciário ordenou que o Executivo realizasse, se necessitaria de que tais alterações se sujeitassem à aprovação do Legislativo. A resposta é complexa, haja vista o risco de que os parlamentares não chancelem a alteração realizada pelo Executivo, que fora ordenada pelo Judiciário. É por isso, que há entendimentos que propõem e acreditam ser constitucionalmente viável a intervenção direta do Judiciário no orçamento para determinar a alocação de recursos em prestações relacionadas aos direitos sociais que não foram contempladas no orçamento ou que não o foram satisfatoriamente.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior<sup>58</sup> chama atenção para as chamadas “sentenças aditivas”, providência adotada pela Corte Constitucional italiana, através da qual o Judiciário, diante

---

<sup>57</sup> Sandoval Alves da Silva propõe uma mudança no texto constitucional para que se permita que o Judiciário participe da formação das leis, iniciando processos legislativos faltantes ou determinando a realização de plebiscitos para se discutir democraticamente a omissão declarada judicialmente. Tal alteração é sugerida como forma de evitar divergências acerca da participação do Judiciário no processo democrático (*In. Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 238-239).

<sup>58</sup> CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2011, p. 404.

de omissões nas leis submetidas a sua apreciação, poderia corrigi-las, sem que comprometa a separação de poderes em razão da supremacia axiológica dos direitos sociais e da harmonia que deve imperar na ordem constitucional, não podendo a tripartição de poderes ocupar superioridade hierárquica em relação aos direitos sociais.

O professor Alceu Maurício Júnior<sup>59</sup> alerta para outra possibilidade de controle direto do orçamento pelos magistrados ao discorrer que a Constituição, no art. 100<sup>60</sup>, permitiu uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos que é o caso dos precatórios, diante de condenações irrecorríveis contra a Fazenda Pública, em que o Judiciário determina a inclusão no orçamento dos respectivos valores.

Assim, sob essa ótica e diante da inexistência de proibição nesse sentido, entende-se possível a interferência direta do Judiciário nos orçamentos, através do remanejamento de recursos de áreas não prioritárias para as áreas relacionadas aos direitos sociais<sup>61</sup>, com as cautelas necessárias para que essa intervenção não afronte outros princípios constitucionais. Os direitos sociais, como já frisado, possuem supremacia axiológica

---

<sup>59</sup> MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 15, janeiro a março, 2007. p. 23. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 19 de março de 2015.

<sup>60</sup> Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

<sup>61</sup> Com a ressalva que a alteração da lei orçamentária anual por meio de remanejamento, transposição ou transferência de recursos precisa de autorização legislativa, salvo se o próprio Legislativo permitir genericamente que o Executivo altere sem a referida autorização específica (STF – ADI 1.716/DF – j. em 19/12/1997 – DJ 27/03/1998, p. 4. Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence). No que atine ao remanejamento de recursos por ordem judicial, deve-se demonstrar a excepcionalidade da medida, além dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

sobre vários outros direitos, e sua efetivação deve ter como pressuposto a máxima eficácia possível.

Se a violação aos direitos sociais ocorrer com o orçamento em curso, o Judiciário pode determinar ao órgão competente a abertura de crédito extraordinário, presentes os requisitos da imprevisibilidade e urgência, exigidos pelo art. 167, § 3º da CF/88,<sup>62</sup> sob pena de crime de responsabilidade da autoridade ante o descumprimento de ordem judicial.

O remanejamento de receitas por ordem judicial mostra-se como um mecanismo mais efetivo para o cumprimento dos direitos sociais e também menos danoso à Administração Pública do que os frequentes bloqueios de verbas para o fornecimento de determinado direito social a algum cidadão, fato que pode comprometer as políticas públicas da coletividade. Acresça-se que a participação do Judiciário viria a fortalecer o processo democrático, o sistema de freios e contrapesos e o cumprimento dos mandamentos constitucionais, mormente dos direitos sociais.

Se determinado direito pode ser protegido após a sua lesão via intervenção judicial no orçamento para garantir determinada prestação pleiteada em tutela individual (como o bloqueio das contas públicas, por exemplo), não há como impedir que pela ameaça – verificada quando os direitos sociais não estão contemplados satisfatoriamente no orçamento – essa intervenção não possa ocorrer, caso o controle se deflagre antes da vigência da lei orçamentária. Seria como tratar figuras – a

---

<sup>62</sup> Art. 167. (...) § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

lesão e a ameaça de lesão a direito – que têm as mesmas razões e a mesma proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXV), de forma distinta.

Caso, eventualmente, a realocação de recursos não se mostre possível no exercício financeiro atual, há que se considerar a possibilidade de inclusão da verba necessária no exercício financeiro seguinte. Nesta senda, Alceu Maurício Junior<sup>63</sup> acentua que já há decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido, ao dar provimento a Recurso Especial, determinando a inclusão no orçamento seguinte de receitas destinadas a programa para tratamento de alcoólatras e viciados em tóxicos em município paulista, conforme se observa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL –  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO  
DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o  
império da lei e o seu controle, a cargo do  
Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as  
razões de conveniência e oportunidade do  
administrador. 2. Legitimidade do Ministério  
Público para exigir do Município a execução de  
política específica, a qual se tornou obrigatória por  
meio de resolução do Conselho Municipal dos  
Direitos da Criança e do Adolescente. 3. ***Tutela  
específica para que seja incluída verba no  
próximo orçamento, a fim de atender a propostas***

---

<sup>63</sup> MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 15, janeiro a março, 2007, p. 27. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 19 de março de 2015.

*políticas certas e determinadas.* 4. Recurso especial provido.<sup>64</sup> (destaques acrescidos)

Alceu Maurício Júnior<sup>65</sup> admite que, em se tratando de benefício complexo, cuja execução seja continuada e que necessite de maiores conhecimentos técnicos, como o caso de construção de Unidades de Terapia Intensiva (UTI), hospitais etc., o Judiciário conceda à Administração o poder de fixar o *quantum* que será alocado em determinada prestação, o que favorece a coexistência do controle judicial com a separação de poderes, considerando também que os magistrados têm sua atuação distanciada dos problemas sociais, desconhecendo as carências da população e as possibilidades do Estado, além de não possuir conhecimentos técnicos em áreas específicas como a saúde. Neste ponto, também se mostra juridicamente viável a intervenção de *amicus curiae*, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

O órgão julgador deverá ter sempre prudência e cautela, sem deixar que lhe falte o mínimo de sensibilidade ao tomar tais decisões de maneira que tal imposição não comprometa outros serviços públicos.

Resta, por fim, aos órgãos jurisdicionais assimilarem o novo entendimento dado pela Suprema Corte, bem como despertar o interesse dos legitimados ativos para utilizarem-se desse instrumento de forma mais veemente, cumprindo o papel

---

<sup>64</sup> STJ - Processo REsp 493811 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 11/11/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 15.03.2004 p. 236.

<sup>65</sup> Id. Ibid. p. 34.

de defensores dos interesses públicos que lhes foi dado pela Constituição Federal de 1988.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Feitas todas essas ponderações, demonstrou-se que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade em sede de políticas públicas pode constituir-se em mais um instrumento capaz de ser aliado aos direitos sociais, na luta incessante pela sua efetivação e que, em sentido mais amplo, comprometido com a valorização e prevalência dos direitos humanos.

Percebe-se que, num contexto em que a dignidade da pessoa humana emerge como núcleo constitucional essencial, as leis orçamentárias não podem se afastar dos direitos sociais. Assim, hodiernamente, impõe-se uma (re)leitura da natureza jurídica das leis orçamentárias, calcada nas lições de Bobbio, passando a admiti-las como normas gerais e abstratas, aptas ao controle jurisdicional, entendimento este que obteve a adesão do Supremo Tribunal Federal em decisões prolatadas nos últimos anos, após décadas sem conhecer das ações que tratavam desta espécie de controle.

Os direitos sociais, em sua crise de efetividade, necessitam de instrumentos coletivos que possibilitem ao Judiciário impor ao poder competente a medida imprescindível que contemple a dignidade da pessoa humana, seu núcleo intangível. A tutela coletiva, possibilitada pelo controle concentrado de constitucionalidade, privilegiaria não só a dignidade da pessoa humana, como princípio-regra presente em

nossa Lei Maior, mas uma sucessão de outros valores que permeiam a ordem jurídico-constitucional pátria.

Um deles seria o postulado da isonomia, uma vez que impede que a mesma causa de pedir investida em ações individuais motive decisões distintas do órgão jurisdicional, em que uns alcançam a tutela pretendida e outros não. Os princípios da celeridade e economia processual também seriam prestigiados, uma vez que se eliminaria uma série de demandas individuais, posto que o provimento em sede de controle de constitucionalidade, quando utilizada em sua via concentrada pelos legitimados universais, alcançaria efeito *erga omnes*. Restaria, igualmente contemplado o princípio da inafastabilidade da jurisdição e possibilita o amplo acesso à justiça por aqueles que não possuem recursos para custear um patrono para seus interesses.

Sem dúvida o controle de constitucionalidade pode dar sua parcela de contribuição à doutrina existente que busca a efetividade dos direitos sociais, fato percebido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal ao mudar o entendimento consolidado que vedava esse controle. Em termos pragmáticos, a via concentrada se mostra ainda mais apropriada por permitir, em regra, efeito *erga omnes* em suas decisões.

Resta, por fim, aos órgãos jurisdicionais assimilarem essa nova interpretação dada pela Suprema Corte, avaliando os instrumentos processuais para a efetivação dos direitos sociais plasmados em nossa Constituição, bem como haver o despertar dos legitimados ativos para se utilizarem desses mecanismos de forma mais veemente, cumprindo o mister de defenderem os

interesses públicos, consoante lhes foi atribuído pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS. Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15. Salvador: jan-mar 2007. <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 19 de março de 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Vol. 60, p. 137-179, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 493.811/SP** da Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, julgado em 11 de novembro de 2003, publicado no Diário da Justiça em 15 de março de 2004, p. 236.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925** do Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio, DF, julgado em 19 de dezembro de 2003, publicado no Diário da Justiça em 04 de março de 2004, p. 52-96.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.716** do Tribunal Pleno, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, julgado em 19 de dezembro de 1997, publicado no Diário da Justiça em 27 de março de 1998.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048** do Tribunal Pleno, relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, julgado em 14 de maio de 2008, publicado no Diário da Justiça em 22 de agosto de 2008.

BRITO, Lauro Gurgel de. *Controle jurisdicional sobre o orçamento público para efetivação do direito fundamental à saúde*. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. Ed. Nº 5. Março-2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. rev. Coimbra: Almedina. 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. rev. e ampl. Atlas: 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris editor. 1986.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 15, janeiro a março, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 19 de março de 2015.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães. *Teoria do Mínimo Existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito*. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. V. 14, n. 2, p. 11-32, jul/dez 2012. Disponível na Internet: <[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/414/491](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/414/491)>. Acesso em 24 de abril de 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. **Revista Consultor Jurídico**, de 24 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>>. Com acesso em 28 de maio de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Sandoval Alves. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

# FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: UM OLHAR CRÍTICO

Diego David Reges de Sousa<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa apresentar uma exposição crítica acerca das ideias de flexibilização das normas trabalhistas que se acentuaram no final do século passado e que continuam com reflexos nos dias atuais. Através de um retrospecto histórico demonstrar-se-á que a flexibilização é uma das consequências do retorno aos ideais liberais apresentados sob a nova roupagem do neoliberalismo. Busca-se, atualmente, uma verdadeira desregulamentação dos direitos trabalhistas, de modo que os trabalhadores abram mão de conquistas que sequer foram totalmente concretizadas na nossa sociedade, em face da manutenção das empresas, numa verdadeira inversão de valores, desvirtuando o principal objetivo do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção do trabalhador.

**Palavras-Chave:** Flexibilização, Neoliberalismo, Desregulamentação, Perda de Direitos.

**ABSTRACT:** This article presents a critical exposition of ideas about ideas of labor regulations that became more pronounced at the end of the last century and continuing today with reflections. Through a historical retrospective will demonstrate that the flexibility is one of the consequences of a return to liberal ideals presented in the new guise of neoliberalism. Search is currently a real deregulation of labor rights so that workers give up even achievements that were fully realized in our society, due to the maintenance of companies, a real inversion of values, distorting the main objective of the Law Labour, namely the protection of the worker.

**Keywords:** Flebilization, Neoliberalism, deregulation, Loss of Rights

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela UERN e Especialista em Direitos Humanos pela UERN

## 1. INTRODUÇÃO

Os fenômenos da globalização e do neoliberalismo são conceitos que já se incorporaram ao discurso do senso comum, encarados pelos seus idealizadores, bem como pela mídia de massa mundial, como eventos extremamente positivos e inevitáveis, porquanto trouxeram como efeitos a convivência global, a aceitação dos povos, o reconhecimento do bem comum, a produtividade em conjunto, a tolerância e o respeito entre os povos, enfim, a integração mundial por meio, sobretudo, dos avanços tecnológicos.

Ocorre que tais efeitos não representam a verdadeira faceta destes fenômenos que na prática são totalmente opostos, constituindo-se no aumento das desigualdades com a busca pelo poder e pela manipulação global e não pela convivência harmônica.

Neste contexto, uma das facetas mais obscuras de tais fenômenos é a precarização dos direitos humanos, especialmente, a precarização dos direitos trabalhistas com a crescente tendência de flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores.

Na década de 90, nosso governo bem como muitos outros da América Latina, seguiu todos os passos da cartilha neoliberal, sendo que tal modelo de inserção internacional não foi capaz, nem de longe, de resolver nossos problemas.

A Argentina, por exemplo, introduziu medidas de flexibilização e desregulamentação trabalhista e quase dobrou o índice de desemprego - de 7,5% para 14,3% - ocasionando uma crise sem precedentes em sua história. (PIERRE, 2011).

Sob o falacioso argumento de inclusão na economia global e de combate ao desemprego, defende-se a flexibilização das garantias trabalhistas conquistadas com muita luta pela classe trabalhadora. Flexibilização não significa outra coisa senão sonegação de direitos.

## **2. DO LIBERAL AO NEOLIBERAL**

É consabida a realidade enfrentada pelos trabalhadores quando da ocorrência da Primeira Revolução Industrial. Naquele momento, o Estado Liberal Burguês que houvera desmontado o Estado Absolutista, pregava entre seus principais dogmas o liberalismo econômico, projeção das ideias iluministas e racionalistas. Neste contexto, imperavam a autonomia da vontade e a livre contratação, ou seja, pregava-se a completa abstenção do Estado sobre a economia, sob o argumento de que a mão invisível do mercado seria suficiente para regular as relações privadas.

Entretanto, também é consabida a lição de que o mercado não é capaz de se autorregular, de modo que as relações, sobretudo, as relações entre empregador e empregado ocorram de forma equânime.

Na realidade, a mão invisível do mercado mostrou-se complacente com os ricos e dura com os pobres. A igualdade formal mostrou-se incompleta, posto que tratava de forma igual indivíduos em situações diversas.

Foi o que a história nos mostrou. O excesso de mão de obra nos grandes centros produziu o exército industrial de

reserva afirmado por Marx. Indivíduos aglomerados nas cidades, privados dos mais básicos bens sociais necessários a manutenção de sua dignidade, viam-se impelidos a aceitar condições de trabalho subumanas.

Trabalhava-se de sol a sol, com jornadas às vezes superiores 12 horas diárias, desprovido de garantias individuais e sociais, recebendo salários miseráveis e sob constante ameaça de demissão e substituição por alguns dos outros milhares de miseráveis que permaneciam nas portas das fábricas clamando por emprego, dispostos a aceitar as mesmas condições de trabalho ou até piores.

A igualdade pregada pelas Revoluções Burguesas mostrou-se tão somente uma garantia formal, sem qualquer aplicação prática. Afinal, qual poder de negociação possuía um trabalhador, buscando qualquer forma possível para sustentar sua família, em face de um industrial, detentor dos meios de produção que poderia escolher, dentre os milhares de trabalhadores do exército de reserva, aqueles que aceitassem as condições de trabalho que mais lhe gerassem lucro.

Nesse sentido, a derrocada do Estado Absolutista e o conseqüente surgimento do Estado Liberal representaram apenas uma mera mudança no polo ativo da exploração.

Diante dessas condições de vida e de trabalho, surgiram diversos movimentos reivindicatórios que por meio de greve e lutas conseguiram a instituição dos chamados direitos fundamentais de segunda geração ou direitos sociais, incluído nestes o direito do trabalho.

A partir de então, o Estado começa a intervir, editando leis que regulam as relações de trabalho, protegendo o

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

trabalhador, limitando a jornada de trabalho, proibindo o trabalho infantil, fixando salário mínimo, determinado o pagamento de horas suplementares, de repouso semanal remunerado, de férias e verbas indenizatórias, entre outras conquistas.

Surge o chamado *Welfare Estate* ou Estado de Bem Estar Social, ocorre que a partir da crise do petróleo de 1973 e, principalmente, após o fim da guerra fria, com a queda do muro de Berlim, esse Estado Interventor vem sendo desmantelado ao redor do mundo.

Surgiram diversas críticas ao Estado Providência, sobretudo diante do quadro de grave crise econômica em que se vivia ocasionado pelo déficit público, produzido pela série de serviços públicos, que aquele estava obrigado a prestar, bem como pela crise do petróleo, com a fundação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e a conseqüente cartelização de seu preço pelos países produtores.

Desse modo, passou-se a defender um Estado Mínimo, cuja tarefa precípua não seria a prestação de serviços públicos, mas tão somente a sua regulação, entregando-os à iniciativa privada.

Era o momento ideal para o retorno ao Liberalismo, sob uma nova roupagem conhecida como Neoliberalismo. Como o próprio nome diz, o Neoliberalismo vem a ser o retorno aos dogmas do Liberalismo, só que agora apoiado sobre outro fenômeno, o qual tornou contornos sociais, econômicos, políticos e culturais até então inimagináveis, qual seja, a globalização.

A globalização ou mundialização pode ser considerada como um verdadeiro “encurtamento e uniformização do mundo”.

O incrível avanço nos meios de transporte e de comunicação praticamente tornou o mundo uma só aldeia global. As informações, os produtos e as pessoas circulam pelo mundo cada dia mais rapidamente.

Isso tudo deu ensejo ao surgimento de uma nova forma de capitalismo – o capitalismo financeiro - em que o capital deixa de ser investido na produção e passa a servir a especulação, dado a sua livre circulação de um país para outro, sendo facilmente transferível ao comando de uma tecla de computador.

Nesse sentido, Neoliberalismo e Globalização são fenômenos que se complementam na atualidade. As multinacionais e os capitais especulativos circulam pelo globo a procura dos locais que lhe apresentem melhores rendimentos. Agem “além dos limites de todo e qualquer estado nacional, além das diversidades dos regimes políticos, das tradições culturais e até mesmo das inclinações de amplos setores sociais de cada nação” (IANNI, 1997, *apud* SANTIN, 2006).

O Neoliberalismo implica num desmantelamento do Estado-Nação com a conseqüente alocação do poder em instâncias internacionais, quais sejam as corporações transnacionais, os organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e as instituições ligadas ao sistema financeiro mundial, como o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Insere-se aí o discurso da flexibilização dos direitos trabalhistas, vistos sob essa ótica como custos a serem cortados,

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

com vistas a aumentar a competitividade e o lucro. “O principal objetivo da flexibilização é a maior obtenção de lucratividade e o meio principal empregado para atingir tal fim é a competição pela redução dos custos.” (SOBRINHO *apud* SIQUEIRA E ACCIOLY, 2007)

Destarte, os locais onde tais garantias são mais frágeis atraem os investimentos, o que acaba por gerar um círculo vicioso, pressionando os governos mundiais a flexibilizar os direitos laborais de modo a se inserirem na economia globalizada.

O mundo se transformou em uma grande fábrica global, uma vez que o desenvolvimento tecnológico possibilitou o fracionamento das fases de produção de uma empresa em vários locais diferentes. Se um determinado Estado possui uma legislação muito rígida, simplesmente a empresa migra para um lugar que ofereça condições mais benéficas a acumulação de capital. (GODOY & BARBOSA, 2010)

Outro aspecto que comumente fundamenta o discurso da flexibilização é a geração de empregos.

Diante da nova forma de produção com a superação do fordismo pelo toyotismo<sup>2</sup> e dos incríveis avanços tecnológicos a

---

<sup>2</sup> "No toyotismo, (1) 'já não mais se produz conforme a capacidade produtiva da empresa, mas conforme a capacidade aquisitiva do mercado'; (2) necessita-se de mão-de-obra qualificada e técnicas mais desenvolvidas nos setores de microeletrônica, automação, engenharia genética, informática, inteligência artificial; (3) exige-se que o trabalhador tenha iniciativa, seja criativo e responsável, saiba resolver problemas, trabalhar em equipe, lidar com inovações tecnológicas e predispor-se de constante aprendizado; e ainda (4) fomenta-se as idéias de terceirização, qualidade total e administração participativa. A empresa modifica-se substancialmente em relação à estrutura física e à (re) distribuição pelo planeta. Novas e pequenas indústrias dinâmicas substituem as velhas e grandes

diminuir os postos de trabalho, surge o desemprego estrutural que assola o mundo em números alarmantes.

Os defensores da flexibilização apresentam os direitos trabalhistas como empecilhos para a geração de empregos, devendo-se, portanto, causar um mal menor – diminuição das garantias laborais – para manter-se um bem maior – o próprio emprego.

### 3. OLHAR CRÍTICO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO

Primeiramente, devemos entender o que significa flexibilizar direitos trabalhistas.

Nos dicionários a definição para flexibilização se refere a tornar menos rígido determinado objeto. Levando-se nesse sentido, flexibilizar direitos trabalhistas seria o mesmo que desengessá-los, torná-los mais maleáveis, adaptáveis, quíça até mais modernos. Esse é o sentido que seus defensores propõem, adaptando os direitos laborais a nova realidade da economia mundial.

Contudo, o direito do trabalho é um ramo que inevitavelmente já se adapta a realidade. Sendo que no caso brasileiro, já existem diversas hipóteses normativas em que se relativizam importantes garantias laborais.

Em algumas hipóteses, a flexibilidade chega a ter importância a ponto de ser fincada na legislação fundamental, como por exemplo: a) o fim da

---

que não são se adaptam mais às novas circunstâncias." SANTIN, Janaína Rigo. **As novas fontes de poder no mundo globalizado: flexibilização ou sonegação de direitos?** Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi, Manaus 2006, p. 3026.

estabilidade no emprego (art. 7º, II); b) a possibilidade de redução do salário, mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI); c) a possibilidade de compensação de horários (art. 7º, XIII).” (SOBRINHO *apud* CUNHA)

Ocorre que a verdadeira intenção do discurso neoliberal atual não é propriamente flexibilizar, mas sim, desregulamentar o direito do trabalho, retornando-se ao estágio de completa autonomia da vontade existente no início da Revolução Industrial.

Diversos autores defendem a autonomia negocial entre empregados e patrões, de modo que muitas das garantias laborais, inclusive as presentes na Constituição possam ser objeto de negociação.

Como já aconteceu anteriormente, é evidente que não haverá verdadeira negociação entre patrões e empregados. Ocorrerá, na realidade, imposição daquele a estes.

Quando se trata da legislação trabalhista é preocupante e grave a possibilidade de deixar para o mercado o equilíbrio entre as partes, afinal numa relação desigual de forças é necessário severidade para garantir o mínimo de condições ideais para a parte mais fraca, no caso o trabalhador. (SIQUEIRA, Giselly & ACCIOLY, 2007)

Certamente, é essencial o fortalecimento dos movimentos sindicais que, no Brasil, ainda são muito incipientes devido à herança de interferência estatal em seu funcionamento, contudo, nem mesmo um movimento sindical forte e organizado

**Flexibilização Trabalhista: um olhar crítico**

é capaz de buscar melhores condições de trabalho quando o próprio trabalho está em risco.

Igualmente, flexibilizar direitos trabalhistas não irá resolver o problema do desemprego estrutural. A experiência histórica nos mostrou que o que gera o aumento dos postos de trabalho, o incremento da produção e o conseqüente crescimento econômico e social é a justa distribuição da riqueza, sendo que um dos meios para obtê-lo é o respeito aos direitos humanos laborais, que se traduzem no acesso do trabalhador a renda digna, a educação adequada, a saúde e educação, refletindo em sua família e na sociedade.

A flexibilização importa, na realidade, em uma mudança perigosa de paradigma dos direitos. Inverte-se o objeto de proteção. Objetivando manter a empresa, sacrificam-se direitos do trabalhador.

Pois bem, estas considerações se fizeram para afirmar que, ante a supressão de conquistas trabalhistas arduamente conseguidas, agora se pretende deslocar o alvo do princípio protetor dos trabalhadores para a empresa. Protege-se agora não mais o trabalhador, mas sim a empresa, sob a neoliberal justificativa de que, protegendo esta, estar-se-á protegendo aquele.  
(CUNHA)

Devemos nos ater no que sabiamente asseverou o jurista Américo Plá Rodriguez, (1991 *apud* SIQUEIRA E ACCIOLY, 2007): “É preciso reconhecer que cada norma do Direito do Trabalho constitui um acidente, um obstáculo, um impedimento

para tratar o trabalho como uma mercadoria sujeita às leis do mercado”.

Não podemos esquecer que os direitos humanos, inclusive, os laborais, surgiram como reação aos vilipêndios que a dignidade da pessoa humana sofreu através da história.

Destarte, a manutenção das garantias laborais é o melhor instrumento de impedir que o trabalho e o trabalhador sejam vistos como objetos ou meras mercadorias, simplesmente custos a serem cortados visando ao lucro.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, ficou evidente que a flexibilização, ao contrário do que o discurso neoliberal aponta, não busca melhorias para o trabalhador, mas tão somente a maximização dos lucros.

O capitalismo utiliza-se do Estado para a manutenção do seu modelo de exploração. Quando foi necessária a intervenção Estatal, criaram-se uma série de direitos e garantias, de modo que o Mundo Ocidental Capitalista pudesse combater a “ameaça comunista”. Quando a bipolaridade mundial extinguiu-se e o sistema de produção capitalista tornou-se hegemônico, buscou-se novamente a sua diminuição, de modo que somente o mercado regule as relações entre os homens.

Tal modelo já produziu extrema miséria e desigualdade antes, assim como vem produzindo o mesmo quadro na atualidade.

Os direitos humanos, dentre eles os laborais, são conquistas históricas que não podem ser postas de lado em função da acumulação de riquezas por um pequeno grupo de “escolhidos”.

Nesse contexto, a manutenção das garantias laborais representa uma tentativa de reverter essa realidade, de divisão do mundo em dois polos: dos incluídos e os excluídos do sistema – a grande maioria do mundo - num darwinismo social injusto e implacável que assola nosso mundo nesta quadra, num verdadeiro processo de retrocesso histórico.

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **A flexibilização dos direitos trabalhistas e a dignidade do trabalhador.** Revista do TRT 13. págs. 91-110

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** Ltr, 2007.

GODOY, Luana Michelle da Silva & BARBOSA, Renato Lima. **Negociação coletiva: um direito fundamental desvirtuado pelo argumento da globalização econômica.** In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010, págs. 9133-9144

MAZZINI, Cristiane Montenegro Rondelli. **Ética na globalização.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 15, 2001. Disponível em: <[http://trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev15Art9.pdf](http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art9.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2011.

PIERRE, Luiz A. A. **Elementos básicos de direito do trabalho.** Livro eletrônico disponível em: <[http://www.academus.pro.br/professor/luizpierre/material/ebook/direito\\_trabalho.pdf](http://www.academus.pro.br/professor/luizpierre/material/ebook/direito_trabalho.pdf)> Acesso em: 15 ago. 2011

SANTIN, Janaína Rigo. **As novas fontes de poder no mundo globalizado: flexibilização ou sonegação de direitos?** Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi, Manaus 2006, p. 3024-3043.

SIQUEIRA, Giselly & ACCIOLY, Neri. **Flexibilização.** Revista Anamatra, n 53, 2007, págs. 12-22.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 26ª ed., 2006.

VIEIRA, Ramona Cardoso & OLIVEIRA, Fabiano Gomes de Oliveira. **O trabalho como fato econômico, globalização e a dignidade do trabalhador.** *In:* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009, págs. 10724-10740.

# ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Georgia Holanda<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o assédio moral, presente nas relações trabalhistas, que ganhou destaque no mundo jurídico nos últimos tempos, principalmente, por estar intimamente ligado à qualidade do meio ambiente do trabalho, logo, à qualidade de vida do trabalhador. Caracterizou-se e definiu-se o assédio moral, destacando as formas pelas quais se manifesta. Após, foram apresentados os sujeitos ativo e passivo, identificando perfis e ações mais frequentes de cada um. Observou-se que a prática do assédio moral afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, CF. Fez-se, ainda, um levantamento da legislação infraconstitucional onde se constatou a inexistência de lei específica sobre o tema. Finalmente, revelou-se a realidade brasileira sobre a prática do assédio moral, através de diversas decisões judiciais em diferentes Tribunais, as quais trazem os fundamentos jurídicos, o conceito e outros aspectos do fenômeno.

**Palavras-Chave:** Assédio moral; Relações trabalhistas; Meio ambiente de trabalho.

**ABSTRACT:** This paper addresses the acoso moral, this labor relations, which gained prominence in the legal world in recent times, mainly because it is closely linked to the quality of the work environment, so the quality of life of the worker. Characterized and defined itself acoso moral , highlighting the ways in which it manifests itself. Afterwards, the subjects were presented assets and liabilities, identifying profiles and more frequent actions of each. It was observed that the practice of bullying directly affront to the principle of human dignity, the high ground of the Federative Republic of Brazil, pursuant to art, 1, III, CF. There wal also a survey of constitutional legislation, which

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito e Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

demonstrated the absence of a specific law on the subject. Finally, it was revealed the Brazilian reality, about the practice of acoso laboral through various judgments in various courts, which brings the legal foundations of the concept and other aspects of the phenomenon.

**Keywords:** Acoso laboral; labor relations; Work environment.

## 1. INTRODUÇÃO.

O trabalho é imprescindível para a sobrevivência do homem, visto que é através dele que o ser humano satisfaz suas necessidades, buscando sua realização como pessoa humana.

O assédio moral não constitui um novo fenômeno nas empresas e no direito do trabalho, mas face à grande importância que adquiriu nos últimos tempos na União Europeia, no Brasil e no mundo, agora se tem a possibilidade de identificá-lo e de combatê-lo.

Hoje se vivenciam mudanças substanciais nas relações de trabalho: teletrabalho, competitividade destrutiva, organizações despersonalizadas, insegurança, redução da oferta de empregos, novos métodos de gerência. Tudo isso contribui para a ocorrência da grande tragédia executiva em estudo: o assédio moral.

Segundo a OIT – Organização Internacional do Trabalho - e a Organização Mundial da Saúde, se a década passada foi a das lesões por esforço repetitivo - LER, essa será a do estresse, da depressão, do pânico, da tortura psicológica e outros danos psíquicos relacionados com as novas políticas de gestão na organização de trabalho e que estão vinculadas às políticas neoliberais.

A prática do assédio moral leva à fragilidade dos potenciais funcional e intelectual os quais desvalorizados, acabam sendo ineficientes e inativos, comprometendo o desempenho profissional do empregado. Dessa forma, a produtividade é reduzida e o absenteísmo, favorecido.

O assédio moral é conhecido por diversas denominações ao redor do mundo tais como: Acoso Moral, Acoso Psicológico, Mobbing, Bullying, Bossing, Harcèlement Moral, Harassment, Psicoterorismo, Violência Laboral, Psicoterror etc, fenômeno que tem chamado a atenção de juristas, administradores, legisladores e principalmente dos psicólogos, médicos e psiquiatras.

A Constituição Federal em seu art. 1º revela que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Mais adiante, em seu artigo 7º, incisos I, XX, XXX, XXXI e XXXII elenca diversos direitos assegurados aos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Alicerçando-se nesses fundamentos constitucionais, o Poder Judiciário tem combatido a prática do assédio moral dentro das empresas.

No Brasil, o tema também vem ganhando espaço, mas não há ainda um diploma legal específico que regulamente a figura do assédio moral no âmbito do trabalho. Quando houver a necessidade de demanda judicial, para se evitar a insegurança jurídica, a decisão ficará a cargo da interpretação do magistrado, baseado em princípios e normas gerais, como a Consolidação das Leis do Trabalho, quase sempre utilizada para dirimir essas questões.

## **2. O ASSÉDIO MORAL**

### **2.1 Definição e Características**

O Terror Psicológico caracteriza-se pela pressão sutil, oculta e silenciosa, que prolongada pelo tempo pode levar à destruição emocional e psíquica da pessoa humana com o objetivo de intimidar, amedrontar, visando à eliminação dela da empresa.

Assim, pode-se dizer que o assédio moral é uma forma sofisticada de perseguição e discriminação que um trabalhador sofre em seu ambiente laboral. A vítima sente-se totalmente inferiorizada, chegando, em casos extremos, ao suicídio.

No Brasil, a expressão assédio moral possui inúmeros sinônimos: psicoterrorismo, violência moral ou psicológica, tortura psicológica, terror psicológico, coação moral no ambiente de trabalho, manipulação perversa, dentre outros.

O assédio moral é constatado na medida em que o chefe ou superior hierárquico passa, em face do poder de que dispõe, a tratar o trabalhador, pólo mais fraco da relação, de forma humilhante, constrangedora, desonrosa, por repetidas vezes no desempenho das atividades que lhes são inerentes.

A Desembargadora Alice Monteiro de Barros, do TRT de Minas Gerais, autora de alguns livros de direito do trabalho, bem assim de artigos sobre assédio moral, quando do julgamento de Recurso Ordinário no Processo nº 01179-2005-014-03-00-1, em 2006, apresentou definição detalhada do fenômeno, de acordo com ementa abaixo:

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. *O assédio moral no ambiente de trabalho ocorre quando uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem sobre um colega, subordinado ou não, uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e frequente, durante um tempo prolongado, com o objetivo de comprometer seu equilíbrio emocional.* Esse comportamento não se confunde com outros conflitos que são esporádicos, ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. A exigência de metas pelo empregador, ainda que elevadas, não traduz ataque sistemático e prolongado, nos moldes descritos acima, e é insuficiente para caracterizar o assédio moral. (grifo nosso).

Reginald Felker (2006, p. 172) esclarece que não se trata de meros desentendimentos ou conflitos que ocorrem cotidianamente, mas de uma conduta deliberada e intencional, em que o agressor visa a destruir a auto-estima da vítima, por meio de ataques muitas vezes indiretos, de forma sutil, os quais nem sempre são percebidos de pronto por quem está sendo agredido, tampouco por aqueles que presenciam os ataques. Vale salientar que, para se configurar o assédio moral, faz-se necessário haver repetição das condutas, por um período de tempo razoável, distinguindo-se de condutas isoladas pela característica da reiteração.

Segundo Hirigoyen (2002a, p.19), pequenos gestos corriqueiros que podem parecer normais, como uma mentira ou manipulação, podem encobrir mais um ataque de um perverso, o qual tenta a todo custo, destruir a vítima psicologicamente por motivos diversos, como, por exemplo, a necessidade de diminuir alguém para tentar impor-se.

Denota-se que o assédio moral pode-se manifestar em diversas situações que o ser humano vivencia: na família, na escola, na política, em corporações militares e também no trabalho.

#### **a. OCORRÊNCIA DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.**

A violência psicológica é encontrada nas empresas públicas e privadas e decorre do desejo de poder, aliado à perversidade do agressor. A estabilidade dos empregados das empresas públicas leva as vítimas procederem à denúncia da prática do assédio, visto que o emprego não corre risco.

O termo *mobbing* vem do verbo em inglês *to mob*, o qual significa assediar, atacar, agredir. Dessa forma, o *mobbing* caracteriza-se por uma degradação no ambiente de trabalho, por meio de condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre subordinados, entre colegas, ou ainda de um subordinado sobre seu superior hierárquico, sendo esta uma forma menos comum do terror psicológico. Pode ocorrer através de atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos ou comportamentos que possam acarretar danos relevantes às condições física, psíquica, moral e existencial da vítima (FELKER, 2006).

A violência moral pode ainda se dar através do isolamento. O assediado é mantido geralmente em uma sala fechada, sem janelas, ficando sem contato com os demais empregados, caso também conhecido como “geladeira”.

A empresa ainda pode utilizar-se da comunicação escrita, verbal ou não-verbal para humilhar os trabalhadores. Por exemplo, expor no mural da empresa uma lista com os nomes dos empregados com menor produtividade.

### **3. SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO.**

#### **3.1 O Agressor.**

O assediador possui uma característica de se sentir ameaçado quando a vítima apresenta sugestões ou se destaca em reuniões, sente necessidade de ser admirado, não aceita crítica, enfim, possui personalidade narcisista. O objetivo é a destruição do colega de trabalho, usando o assédio moral como estratégia para obtenção do resultado, que em muitos casos termina com o pedido de demissão e, em outros, com uma série de problemas psicológicos.

Outra característica dos perversos é a megalomania. Sempre querem ser o centro das atenções. Nada lhes serve. Todo trabalho recebe crítica e os que eles elaboram sequer podem ser alvo de comentários. Utilizam-se da estratégia de apontar as falhas alheias para não ver as próprias imperfeições.

Reginald Felker (2006) traz algumas das classificações dos agressores dadas pela doutrina:

O instigador – coloca sua criatividade em busca de formas de aterrorizar a vítima; o casual – manifesta-se a partir de evento ocasional; bem-sucedido, procura eternizar o conflito, passando a agredir permanentemente a vítima; o colérico – intolerante e mal-humorado, exterioriza seus problemas com agressões constantes; o megalômano – mantém um senso de grandiosidade de sua pessoa, que considera de um valor mensurável; o frustrado – a inveja e o ciúme dos outros infernizam a sua existência, alimentando seu poder de destruição; o crítico – critica, mas não apresenta soluções. E se alguém as apresenta, rejeita-as; o sádico – sente prazer em manter um clima de pressão constante a seu redor; o puxa-saco – leão frente aos subordinados, vira ovelha frente aos superiores; o tirano – assedia a vítima pelo gosto de humilhá-la; o aterrorizado – vive em estado de pânico considerando que possa perder o cargo ou ser substituído na função; o invejoso – não admite que outrem possa desfrutar de situação melhor do que a sua, em qualquer terreno; o carreirista – não manifesta o menor escrúpulo em barrar o caminho dos outros para subir na carreira; o pusilânime – age sorratamente, pois tem medo de arcar com as consequências de sua conduta. (FELKER, 2006, 185).

Rufino (2007) descreve algumas estratégias utilizadas pelos agressores:

Impedir de se expressar e não explicar o porquê; fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar em frente aos pares; culpabilizar/responsabilizar publicamente, podendo os comentários de sua incapacidade invadir, inclusive, o espaço familiar; desestabilizar emocional e profissionalmente. A vítima gradativamente vai perdendo simultaneamente sua autoconfiança e o interesse pelo trabalho; destruir a vítima (desencadeamento ou agravamento de doenças pré-existentes). A destruição da vítima engloba vigilância acentuada e constante. A vítima isola-se da família e amigos, passando muitas vezes a usar drogas, principalmente o álcool; livra-se da vítima, que é forçada a pedir demissão ou é demitida, frequentemente, por insubordinação; impor ao coletivo sua autoridade para aumentar a produtividade. (RUFINO, 2007, p. 44).

Merece atenção a possibilidade do agressor em verdade refletir o assédio, na qualidade de vítima, para seus subordinados. Em razão de não aguentar a pressão de seus superiores, passa a repassar a seus subordinados as humilhações e constrangimentos.

Por conseguinte, em alguns casos, o agressor é igualmente vítima do assédio moral, visto que recebe a pressão dos superiores, no sentido de incremento da produtividade e passa a praticar a conduta perversa visando ao atendimento das metas impossíveis impostas pelos superiores hierárquicos.

### **3.1.1. A Vítima**

A vítima é escolhida por possuir algo que o agressor não tem, ou por não se enquadrar nos padrões da empresa moderna, consoante ensina Márcia Novaes Guedes (2004, p. 69).

Após a escolha da vítima, o agressor passa-lhe a responsabilidade por todos os problemas existentes na empresa, notadamente no que se refere à falta de comprometimento com o trabalho, descumprimento de prazos e metas, incoerência de relatórios apresentados pela vítima.

Esse tipo de atitude leva passo a passo a redução da autoestima da vítima, uma vez que ela passa a ser desacreditada, levada a assumir a culpa, questionar-se, achar-se incompetente, situação que, geralmente, conduz ao quadro depressivo. O quadro agrava-se de tal maneira, que a vítima passa a ser cúmplice de seu agressor, em razão da confusão vivenciada, o quê não lhe permite discernir o certo do errado. Além disso, some-se o fato de que a vítima não percebe que está sendo alvo de assédio, chegando a crer que efetivamente não está realizando de forma correta suas atividades laborais.

Paulo Teixeira (2006, p.89) elenca as razões para a escolha da vítima, dentre outras: terem um de nível de competência e desempenho que possa amedrontar o chefe e este se sentir ameaçado de perder o lugar para o subordinado; a vítima demonstra uma habilidade no trato com as pessoas dentro e fora da área de atuação que causa ciúme ao chefe; ter melhor situação social e ser mais bem-sucedido no plano afetivo; por pertencerem a grupos que representem minorias e os quais o chefe, por ter comportamento discriminatório, não aceita; pela própria natureza da vítima que, muitas vezes, por traumas de

infância, busca um tratamento paterno daquele que o agride. Como não vê essa demanda de amor suprida repete aí a mesma situação de impotência e sujeição ocorridas na infância.

Dentre os sintomas físicos que comumente aparecem, segundo relatara a médica Margarida Barreto em sua dissertação (2000), pode-se citar dores crônicas na cabeça e nas costas, gastrite, irritabilidade, cansaço exagerado, insônia, pesadelos recorrentes, náuseas, palpitações, dores pelo corpo, falta de memória, perda ou aumento exagerado de peso, LER/Dort, zumbidos no ouvido, suores frios, tremores, tonturas. Outra característica bastante comum no comportamento das vítimas é a depressão. A vítima torna-se depressiva, e muitas vezes pensa em suicídio, o que efetivamente ocorre em casos extremos.

Margarida Barreto (2000), em pesquisa realizada com mais de quarenta mil trabalhadores, constatou que os alvos preferenciais da violência moral nas empresas nacionais estão entre pessoas que têm problemas de saúde, estão no final do prazo de estabilidade, sofreram acidente de trabalho ou retornaram de licença-maternidade, ultrapassaram a idade de 35 anos, questionam as políticas de gestão, são solidárias com colegas que também são assediados.

Assim como ocorre com o agressor, a doutrina tem tentado classificar a vítima, tendo em vista as suas características e reações face às agressões sofridas. Márcia Novaes Guedes (2004, p. 72) traz algumas dessas classificações: o distraído – não se dá conta das mudanças ocorridas ao seu redor; o prisioneiro – não consegue livrar-se da violência; o paranóico – vê perigo em toda parte, e todos querem prejudicá-lo; o severo – é o

sistemático crônico, mantendo regras e tentando impô-las aos demais; o presunçoso – pensa ser muito mais do que realmente é; o passivo dependente – espera reconhecimento por parte dos colegas, sendo que seu caráter servil desperta a antipatia daqueles; o brincalhão – ocorre quando a pessoa brincalhona é estigmatizada, tornando-se motivo de riso para todos, e nunca é levada a sério pelos colegas; o hipocondríaco – lamenta-se continuamente do esforço que faz para desenvolver seu trabalho, até provocar nos colegas uma antipatia que evolui para o isolamento, causando o assédio moral; o verdadeiro colega – o seu comportamento honesto, eficiente, disponível, com bom senso de justiça, faz com que seja perseguido e sofra represálias.

A Juíza do Trabalho ainda descreve outros tipos de perfis de vítimas de assédio moral quais sejam o ambicioso, o seguro de si, o camarada, o servil, o sofredor, o bode expiatório, o medroso, o sensível e o introvertido.

#### **4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.**

##### **a. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

A globalização e as conseqüentes alterações das relações de trabalho têm transformado o ambiente de trabalho em lugares extremamente competitivos e menos humanos. A pressão e a necessidade constantes pelo aumento da produtividade afetam diretamente o meio ambiente de trabalho digno e saudável.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inc. III eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

Federativa do Brasil e como finalidade da ordem econômica. Mais adiante, já no caput dos artigos 170 e 193, a Carta Magna destaca o valor do trabalho.

Embora seja clara a preocupação do legislador com a manutenção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da valorização do trabalho humano, esses dois princípios são constantemente violados nas relações de trabalho, atualmente, com grande destaque, pelo processo destruidor do assédio moral.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, pg. 37) conceitua dignidade da pessoa humana como “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 responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Alexandre de Moraes (2003, pg.128) para quem, a dignidade da pessoa humana é valor espiritual e moral que todo o estatuto jurídico deve assegurar, assim discorre: “A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um

mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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”.

A exposição do trabalhador a condutas abusivas, pressões psicológicas desumanas e condições de trabalho precárias representa, com clareza, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que fundamenta a tutela jurídica do assédio moral.

Nessa esteira, conclui-se que tanto o empregado agressor, como a empresa que permite a prática do assédio moral devem ser responsabilizados pelos prejuízos acarretados à vítima.

Quanto à tutela jurídica do meio ambiente de trabalho, de forma geral ou mediata, aplica-se o art. 225 da Constituição Federal. Uma dimensão imediata e específica dessa tutela pode ser extraída dos art. 196, usque 200, nos art. 154 a 201 da CLT e, ainda, nas normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

Vê-se, pois, que o direito ao meio ambiente adequado como direito humano engloba o meio ambiente do trabalho saudável, que consiste, por fim, na proteção da própria vida.

## **5. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.**

### **a. O ASSÉDIO MORAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.**

Embora não tenha tutela jurídica específica, podem-se encontrar, na legislação vigente, instrumentos capazes de coibir o assédio moral, uma vez reconhecida a sua gravidade pelos juízes e Tribunais.

O trabalhador, vítima do assédio moral, pode-se valer da Consolidação das Leis do Trabalho para resguardar-se desse processo destruidor ao qual está exposto, ainda durante a vigência do contrato de trabalho.

A solução jurídica para a situação enquanto não é produzido, no ordenamento, um diploma próprio, pode ser encontrada no artigo que trata da rescisão indireta do contrato de trabalho, a qual autoriza o empregado a pedir a extinção do contrato de trabalho por descumprimento das obrigações por parte do empregador.

Nos termos do art. 483 da CLT, o empregado poderá pleitear a rescisão indireta do contrato do trabalho, por falta do empregador, quando houver a prática do assédio moral, envolvendo qualquer das hipóteses elencadas no referido dispositivo.

Cabe enfatizar que a prática do assédio moral consiste em violação a direito fundamental do empregado, em especial, direito ao respeito a sua pessoa física e moral.

Importante destacar que a prática isolada de condutas tais como: repreensões e medidas disciplinares, bem como o não cumprimento das obrigações contratuais pelo empregador, não configuram a prática do assédio moral, que só será verificado, quando for duradouro, acarretando um verdadeiro processo destruidor.

## **b. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DIREITO COMPARADO.**

O presente estudo demonstra, sem sombra de dúvida, que o assédio moral é uma triste realidade no mundo globalizado, contando inclusive com diversos registros perante o judiciário trabalhista, e ainda, constituindo tema de discussões, artigos, livros, teses, além de ser objeto de estudo em diversos países.

Um aspecto positivo é que as empresas, visando evitar os prejuízos que podem advir de possíveis condenações proferidas pelo judiciário trabalhista, bem assim com a redução da produção, têm estabelecido regras internas de conduta e adotado campanhas de prevenção e combate ao assédio moral, orientando, desta forma, todos os colaboradores a adotarem postura que venha a repelir a prática do assédio moral, bem como procure sobressaltar o lado humano dos empregados.

Todavia, a legislação positivada brasileira ainda é muito incipiente no que pertine à definição e critérios que levam à configuração do assédio moral e, ainda que efetivamente venham a criar penas ante a sua prática.

A positivação destes instrumentos de repressão somente é encontrada de forma tímida nas leis estaduais e municipais esparsas e, nestes casos, restritas ao funcionalismo público, nada mencionando acerca da ocorrência do assédio moral nas empresas privadas.

Iracemópolis, localizado no Estado de São Paulo, foi o Município que assumiu a vanguarda no que se refere à existência de legislação positivada para combater o assédio moral, através

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

da Lei Municipal nº. 1.163, de 24 de abril de 2000, que dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral nas dependências da Administração Pública Municipal Direta por servidores públicos municipais.

No nosso Estado, o município de Natal, através da Lei nº 189/02, de 23/02/2002, dispôs sobre os casos de assédio moral na seara da administração pública municipal direta, indireta, autárquica e fundacional.

Em muitos estados e municípios, podem-se encontrar projetos de lei em tramitação, versando sobre a ocorrência, o assédio moral no trabalho, o que reflete a atual preocupação do Estado de combater esse fenômeno.

No que concerne ao âmbito federal, existem alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional versando sobre a prática do assédio moral. O Projeto de Lei Federal nº. 4742/2001, de iniciativa do deputado federal pelo PL-PE, Marcos de Jesus introduz o artigo 146-A no Código Penal, tipificando como crime o assédio moral no trabalho. O referido artigo teria a seguinte redação:

Art. 146 A. Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Pena: Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa. (BRASIL, 2001a).

Visando corroborar a assertiva no sentido de que o Assédio Moral é um fenômeno da globalização, bem como

**Assédio Moral nas Relações de Trabalho**

reforçando sua ocorrência em diversos países, é importante destacar que na Argentina, na Colômbia e no Chile existem alguns diplomas que disciplinam a matéria, a exemplo da Lei nº 1225, em vigor na Província de Buenos Aires, Argentina, que tem como objetivo prevenir e impor sanção para violência laboral e a Lei nº 13168, que dispõe sobre a violência laboral.

Por seu turno, a União Europeia adotou a Resolução A5-0283/2001 (2001/2339 (INI)) sobre o 'acoso moral'.

## **6. JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO ASSÉDIO MORAL.**

### **a. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O ASSÉDIO MORAL.**

A Jurisprudência no país vem a cada dia tornando-se mais robusta no que pertine ao tema de Assédio Moral, visto que é patente o acréscimo dos casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário em todo país.

O Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, estado do Rio Grande do Norte, em 28.02.2008, por Voto conduzido pela Juíza Convocada, Dra. Joseane Dantas, majorou de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a condenação imposta ao Stander Banespa S/A, pela prática de assédio moral, verbis:

Assédio Moral. Ocorrência. Indenização. Cabimento. Comprovado o cometimento pelo empregador de atos de constrangimento dirigidos a sua empregada, submetendo-a a situações vexatórias e humilhantes, enquanto profissional e mulher, patente o assédio moral autorizador do

deferimento de indenização por danos morais.  
(Acórdão 71.782)

No Rio Grande do Norte, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho, uma grande Cervejaria, a Ambev, foi condenada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região ao pagamento de uma multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido em prol do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Essa Ação teve bastante repercussão em virtude não só da inovação do assunto, mas do valor vultoso da indenização arbitrada, a maior já fixada pela Justiça do Trabalho no RN.

A ementa<sup>2</sup> do acórdão esclarece, além de outras questões suscitadas, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da referida ação, além de reconhecer a existência do assédio moral.

O TRT da 4ª Região, Rio Grande do Sul, quando do julgamento do processo 1229-2006-305-04-00-0, em 10.04.2008, através de Voto conduzido pela Juíza Convocada, Dra. Carmen

---

<sup>2</sup> [...]Ministério Público. Legitimidade. Lei Complementar nº 0075/1993. Artigo 83, III. Inconstitucionalidade. Não Configuração. Prevendo a Constituição Federal, em seu artigo 129, IX, o exercício, pelo Ministério Público, de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 83, III, da LC nº 075/1993, que estabelece a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Assédio Moral. Ocorrência. Indenização. Cabimento. Comprovado o cometimento, pelo empregador, de atos de constrangimento a seus empregados, consistentes na submissão destes a situação vexatória, com utilização de camisetas, pelos vendedores, com apelidos jocosos, além de “brincadeiras” humilhantes, está patente o assédio moral autorizador do deferimento de indenização por danos morais. (RIO GRANDE DO NORTE, 2006a).

Gonzalez, reconheceu a configuração do assédio moral em virtude de uma rescisão indireta do contrato de trabalho, visto que constatou que o trabalhador foi forçado a pedir demissão, em decorrência do assédio moral<sup>3</sup>.

Frise-se que todos os Tribunais do Trabalho já se pronunciaram sobre o tema do assédio moral, notadamente, conforme já mencionado, pelo aumento dos casos levados ao conhecimento do poder judiciário trabalhista envolvendo a matéria. Registre-se, ainda, que alguns casos de assédio, praticados em desfavor de funcionários públicos podem ser levados a Justiça Federal e Justiça Estadual, face a competência específica para apreciação.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

O presente estudo demonstra, sem sombra de dúvida, que o assédio moral é uma triste realidade no mundo globalizado, contando inclusive com diversos registros perante o judiciário trabalhista, e ainda, constituindo tema de discussões,

---

<sup>3</sup> DO ASSÉDIO MORAL - RESCISÃO INDIRETA - Caracterizado o ato ofensivo à dignidade do trabalhador por preposto da empresa, devida a indenização por danos morais, com fulcro no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República. Pedido de demissão eivado de vício de consentimento, convertido em rescisão indireta do contrato com pagamento das verbas consectárias. Recurso provido. Assédio moral. Indenização do dano moral. Quantificação. O assédio moral é a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, durante a jornada de trabalho e no exercício das funções profissionais. Valor da indenização por dano moral que considera a gravidade do dano, o caráter pedagógico e a capacidade econômica da empresa. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2008, p.)

artigos, livros, teses, além de objeto de estudo em diversos países.

A divulgação deste fenômeno é realizada pelas entidades de classe, bem como pelas estatísticas já existentes sobre o elevado índice de condutas reiteradas envolvendo casos de assédio moral, assim como mostrando formas de combater e de reagir à violência psicológica no ambiente de trabalho.

Esse fenômeno tão danoso à saúde do trabalhador deve ser encarado como ofensa frontal aos preceitos dos direitos humanos, visto que afeta diretamente a dignidade da pessoa humana do trabalhador, com sérios danos a sua moral, afastando aquilo que é inerente ao homem e que deve ser resguardado e respeitado por todos e assegurado pelo Estado.

Todavia, a legislação positivada brasileira ainda é muito insipiente no que pertine à definição e critérios que levem a configuração do assédio moral e, ainda, que efetivamente venham a criar penas ante a sua prática. Não há uma legislação unificada com vistas a combater a violência moral nas empresas, ou seja, inexistente Lei Federal que trate o tema.

A positivação destes instrumentos de repressão somente é encontrada de forma tímida nas leis estaduais e municipais esparsas, e ainda nestes casos restritas ao funcionalismo público, nada mencionando acerca da ocorrência do assédio moral nas empresas privadas.

Contudo, a atuação do Poder Judiciário tem sido extremamente relevante para o combate dessa prática violenta e degradante no ambiente de trabalho. Os tribunais e juízes vêm utilizando-se dos princípios constitucionais, como a dignidade da

pessoa humana e do meio ambiente do trabalho saudável, bem como das normas incitas na Consolidação das Leis do Trabalho, para prestarem a tutela jurídica efetiva ao fenômeno do assédio moral, enquanto o ordenamento jurídico pátrio for órfão de um diploma de tutela específica.

## REFERÊNCIAS.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações**. 2000. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Assédio Moral**. *Júris Síntese*. nº. 52. mar/abr 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, 4ª ed.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária nº. 4.742, de 23 de maio de 2001**. Introduz art. 146-A no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/BR-Marcos.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária nº. 5.971, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/BR-InacioA.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária nº. 5.972, de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que "Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais". Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/BR-InacioC.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária nº. 5.970, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/BR-InacioD.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária nº. 6.161, de 2002**. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que "regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências", e institui o CADASTRO NACIONAL DE PROTEÇÃO CONTRA A COAÇÃO MORAL NO EMPREGO. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/BR-InacioB.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

DONALD, Andréa F. Mac. **Mobbing: Acoso moral en el derecho del trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Cathedra Jurídica, 2008.

FELKER, Reginald. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA, [Hádassa Dolores Bonilha](#). **Assédio Moral nas Relações de Trabalho**. Campinas: Russel Editores, 2004.

FIORELLI; FIORELLI e MALHADAS JÚNIOR, José Osmir; Maria Rosa e Marcos Júlio Olivé. **Assédio Moral: uma visão multidisciplinar**. São Paulo: LTr, 2007.

FRANCO, André Ricardo. **Princípios do Direito do Trabalho- Uma Nova Visão**. Disponível em: <http://www.faculdade.nobel.br/?action=revista&id=7>. Acesso em 17. jan. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil – vol.3**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. **Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. 2003. Monografia. III Concurso de Monografias Amatra II, São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://www.assediomoral.org/site/biblio/MD\\_01.php](http://www.assediomoral.org/site/biblio/MD_01.php)>. Acesso em 07 set. 2006.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral**: a violência perversa do cotidiano. São Paulo: Bertrand do Brasil, 2002a.

\_\_\_\_\_. **Mal estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. São Paulo: Bertrand do Brasil, 2002b.

IRACEMÓPOLIS (Município). Lei Ordinária nº. 1.163, de 24 de abril de 2000. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral nas dependências da Administração Pública Municipal Direta por servidores públicos municipais. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/SPiracemapolis.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo, LTr, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NATAL (Município). Lei Ordinária nº 189, de 23 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral nas dependências da administração pública municipal direta, indireta, autárquica e fundacional, por servidores públicos municipais nomeados para cargos de confiança. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte**. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/RNnatal.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Dano Moral e Justiça do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2080>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em:  01 dez. 2006.

PAPINI, Paulo Antonio. **Da efetiva reparação do dano moral em face do ordenamento jurídico pátrio.** Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler\\_noticia.php?idNoticia=10185](http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=10185)>. Acesso em: 20 nov. 2006

\_\_\_\_\_. **Dano moral: do dever do empregador de zelar pelo bem estar do empregado.** Última Instância. Ano 2, nov. 2006. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler\\_noticia.php?idNoticia=32833](http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=32833)>. Acesso em: 02 nov. 2006.

PORTO ALEGRE (Município). Lei Complementar nº 498, de 19 de dezembro de 2003. Acrescenta o inciso XXv ao art. 197 e o inciso III ao art. 206, altera o inciso X do art. 207 e acrescenta o art. 207-A à Lei Complementar nº 133, de 31 de dezembro de 1985, que estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/RSportoalegre.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei Ordinária nº. 3.921, de 23 de agosto de 2002. Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do poder legislativo, executivo ou judiciário do Estado do Rio de Janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/RJ.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 4: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio Moral no Âmbito da Empresa**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SALVADOR, Luiz. **Assédio moral. Doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3326>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

SÃO PAULO (Município). **Lei Ordinária nº. 13.288, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de "assédio moral" nas dependências da Administração Pública Municipal Direta e Indireta por servidores públicos municipais. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/legisla/SPsaopaulo.php>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Os princípios informadores do direito material do trabalho**. IN: PAIXÃO, Cristiane, et al. Os novos horizontes do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.



# O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Luiz André Veríssimo Pontes<sup>1</sup>  
Edmar Eduardo de Moura Vieira<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata-se de trabalho de pesquisa teórica que analisa os aspectos jurídicos, sobretudo o enfoque constitucional, das relações homoafetivas e da repercussão dessas no Direito Sucessório. Busca-se nos fundamentos da República Federativa do Brasil e no rol das garantias fundamentais o amparo ao direito de propriedade e sua consequente prorrogação *post mortem*, independentemente das características individuais dos autores da herança. Questiona-se a legitimidade do comportamento omissivo do Poder Legiferante no que pertine ao reconhecimento e à tutela dos direitos das minorias homoafetivas. Parte-se do conceito de complexidade da condição humana para situar a sexualidade no núcleo da dignidade da pessoa humana, pilar mestre do sistema de direitos fundamentais. Por fim, analisa-se a posição de vanguarda do Judiciário em relação ao Poder Legislativo ao reconhecer as relações homoafetivas como espécies do gênero relações familiares, que têm como marca distintiva maior a afetividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relações homoafetivas; Omissão legislativa; Direito sucessório; Dignidade da pessoa humana; Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** This is the work of theoretical research that examines the legal aspects of homosexual relationships and the impacts on Succession Act, especially the constitutional approach. We researched on the protection afforded by the Fundamentals of the Federative Republic of Brazil and the set of fundamental rights to property and its consequent extension postmortem, regardless of the individual characteristics of the authors of the inheritance. We Questioned the legitimacy of the omission of Legislature with respect to

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela UERN – 9º Período.

<sup>2</sup> Advogado, Professor Especialista do curso de Direito da UERN.

protection of rights of homosexual minority. We used the concept of complexity of the human condition to situate sexuality at the core of human dignity, fulcrum greater of the system of fundamental rights. Finally, we analyze the leadership position of the judiciary in relation to the Legislature to recognize homosexual relationships as species of family relationships, whose biggest brand is the affection.

**KEYWORDS:** homosexual relations, legislative omission, inheritance law, human dignity, fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões é fundamental em um país capitalista na medida em que resguarda o prolongamento da propriedade para além da morte. No Brasil, o pleno exercício do direito de herança resta prejudicado para as minorias homoafetivas em virtude da falta de regulamentação legal do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Buscar-se-á aqui analisar, sob enfoque constitucional, os aspectos dessa lacuna legislativa e suas repercussões no campo prático, em especial no Direito Sucessório. Para tanto, desenvolver-se-á pesquisa teórica na principal doutrina em disciplinas que tangenciam os aspectos constitucionais desse vácuo legal, sobretudo no que pertine aos direitos fundamentais envolvidos na questão homoafetiva. Analisar-se-á também os aspectos jurisprudenciais envoltos ao tema, de maneira a abordar a questão homoafetiva sob a ótica dos diversos autores envolvidos na conjuntura jurídica da questão.

## 2. DO DIREITO SUCESSÓRIO.

### 2.1. NOÇÕES.

A morte é o final comum a tudo que é vivo, característica essencial e implacável da essência da vida e a mais democrática certeza humana. Desperta tamanho fascínio e misticismo entre os seres racionais que é possível afirmar que não há nem nunca houve cultura humana que já não tenha narrado, escrito ou pregado algo em torno do fim da existência terrena.

Desde que o homem passou a manipular a natureza, transformando objetos naturais em culturais, ou seja, agregando valor a objetos e conseqüentemente cumulando riquezas, todos os fenômenos de sua existência passaram também a ter ligação com o aspecto econômico. Com a morte não foi diferente, logo se fez necessária a criação de um conjunto de regras que aclarassem quem seriam os sucessores de um falecido em relação aos bens por este deixados. Surge então o Direito das Sucessões.

Ora, se um determinado indivíduo acumulou durante a vida riquezas que proporcionaram a si e aos seus familiares maior conforto, estabilidade e poder, é natural que, quando de sua morte, haja um interesse (real ou presumido) do *de cujus* no sentido de que essas riquezas continuem em seu núcleo familiar, de maneira a proporcionar, de certa forma, a continuidade de suas crenças, sua cultura, seus valores e costumes, e, em um plano já filosófico, a continuidade de seu próprio “eu”.

No Brasil, a sucessão se baseia fundamentalmente na intenção de satisfação da vontade do falecido, ainda que essa vontade seja, conforme mencionado alhures, presumida.

O Direito das Sucessões trata, pois, em apertada síntese, da “sucessão” de uma pessoa em relação ao patrimônio deixado por pessoa natural falecida. Em outras palavras, quando morre um determinado indivíduo, sucessores irão ocupar o seu lugar em relação ao patrimônio deixado, de maneira a não haver a quebra da continuidade patrimonial dentro da família do defunto.

Beviláqua, citado por Gonçalves (2010, p. 20), conceitua o Direito das Sucessões como “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.”

No dizer de Leite (Apud Gonçalves, 2010, p. 20): “a sucessão, do latim *succedere* (vir ao lugar de alguém,) se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo, conduzindo-nos ao desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões”.

Pode-se dizer que o Direito Sucessório guarda estreita relação com o direito de propriedade, na medida em que se afigura como consequência deste último, sobretudo quando se opera a condição indispensável à vida do direito sucessório: a morte.

Fundamenta-se a sucessão, por consequência de suas raízes no direito de propriedade, menos no argumento filosófico da continuidade humana e mais na consequência natural do acúmulo de riquezas que se projeta para além da morte do anterior proprietário. É, portanto, indispensável à manutenção

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

dos Estados capitalistas, posto que estimula o trabalho, o acúmulo de bens e conseqüentemente o progresso.

Não fosse a intenção de proporcionar maior conforto e bem-estar aos entes queridos que seguem o curso da vida, difícil seria imaginar outra razão para o acúmulo de bens para além das necessidades presentes.

## **2.2. RAZA CONSTITUCIONAL DO DIREITO SUCESÓRIO.**

Nossa Carta Maior cuidou de enumerar em seu art. 1º os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil. Dentre eles, mais precisamente no inciso IV do referido artigo, se encontra “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) garante a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade à segurança e à *propriedade*. Daí se infere, sem maiores esforços, que o Brasil é um país capitalista. Logo, zeloso pela preservação da propriedade privada e de seu prolongamento *post mortem*. Não é por acaso, pois, que a Carta da República erigiu o direito de herança à envergadura de garantia fundamental (art. 5º, inc. XXX da CF/1988). Não fosse suficiente, no § 6º do art. 227, deixou clara a paridade entre todos os filhos inclusive no que pertine aos direitos sucessórios.

Pode-se dizer, portanto, que, como garantia fundamental, o direito de herança se insere no plano dos direitos e garantias fundamentais, e, como tal, deve ser universal. Em outras palavras, extensível a qualquer ser humano sem distinção

de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV do art. 3º da CF/1988). Essa é a interpretação mais moderna a respeito dos direitos fundamentais. Que o diga Robert Alexy:

Da universalidade já se tratava na caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Agora, este conceito deve ser determinado mais de perto. Um primeiro aspecto da universalidade é a universalidade dos titulares e destinatários. Aqui somente deve ser dada uma olhada nos titulares. A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que competem a todos os homens. (ALEXY, 2008, p. 45).

Infere-se, das proposições acima expostas, que o Brasil resguarda com devoção o direito de propriedade e consequentemente o de herança, ao menos no plano normativo-teórico da Constituição Federal. Contudo, no plano infraconstitucional, persistem algumas já tradicionais lacunas legais que ameaçam de morte o sistema democrático brasileiro. É o que acontece com a sucessão nas relações homoafetivas.

## **O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.**

### **ANÁLISE DO DIREITO BRASILEIRO EM VIGOR.**

O caminho das minorias ao longo da jornada evolutiva do Direito Brasileiro tem sido por demais tortuoso, desgastante e burocrático. O não reconhecimento legal das relações homoafetivas é exemplo patente dessa insana e trágica realidade.

O “Novo Código Civil”, promulgado em 2002 com vigência a partir de 2003 tem seu cerne no Anteprojeto de Miguel Reale que data de 1973. É, portanto, o dito “Novo” Código de uma época em que a conjuntura social brasileira era bastante diversa daquela que temos hoje, e isso era refletido nas legislações vigentes. Predominava no Brasil uma herança de sociedade machista, conservadora e patriarcal.<sup>3</sup>

Vê-se que o Código Civil vigente ainda engatinha em direção às novas concepções jurídicas de família consagradas pela CF/1988. Isso porque não reconhece as mudanças na estrutura familiar mundial e, em especial, na brasileira. Ignora o conceito de afetividade como norteador da família moderna na medida em que desconsidera as relações que se estabelecem entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, temos no art. 1.514 do CC/2002 a afirmação, ainda que indireta, de que o casamento é entre homem e mulher. Mais a frente, quando trata da união estável, o *Códex*

---

<sup>3</sup> Cite-se, por exemplo, a existência do crime de raptio de mulher honesta, seguido de uma causa de diminuição de pena de um terço se o raptio for seguido de casamento entre autor e vítima do delito ou de metade da pena se o raptor restitui a liberdade da raptada, disposições previstas respectivamente nos artigos 219 e 221 do Código Penal que vaguaram até sua revogação em 2005 pela Lei 11.106. No Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916), vigente até 2002, ainda havia a presença do instituto do dote (art. 236) bem como a famigerada distinção entre filhos “legítimos” e “ilegítimos” ou “filhos de outro leito”. O Novo Código Civil ainda traz no art. 1.597 o instituto da “presunção *pater is est*”, presente já no art. 312 do Código de Napoleão e que segundo Engels, “remonta à passagem da família síndiasmática para a família monogâmica” (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2006. Tradução de Ruth M. Klaus).

reconhece como entidade familiar apenas aquela que se concretiza entre homem e mulher. E são esses os termos a que se apegam os refratários a mudanças que insistem em defender a indiferença do Ordenamento Jurídico para com as relações homoafetivas.

Firmadas as carências evolutivas do Código Civil vigente, passemos a uma análise sistemática da Constituição Federal no que tange a tutela das relações homoafetivas sob o prisma da liberdade de orientação sexual.

Certo é que a Carta da República se utiliza das mesmas expressões que o CC/2002 quando se refere à união estável no § 3º do art. 226: “homem” e “mulher”. Contudo, uma interpretação sistemática da Constituição, considerando a relevância principiológica da dignidade da pessoa humana na conceituação da entidade familiar, nos permite afirmar que a união estável não é só aquela entre membros do sexo oposto.

O homem é unidade “biofiscopsicosociocultural”, segundo a teoria da complexidade de Morin (2010). A orientação sexual integra, dentro desse contexto de complexidade, juntamente com outros aspectos da vida humana gregária, a chamada “dignidade da pessoa humana”, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º inc. III, CF/1988) e pilar mestre do sistema de direitos fundamentais.

Foi precisamente essa conformação constitucional que a Lei nº 12.015/09 procurou dar ao Título VI do Estatuto Penal Brasileiro ao reformar seu conteúdo a começar pela nomenclatura, antes “Dos crimes contra os costumes” e hoje “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre a dignidade da pessoa humana, notáveis são as palavras de Ingo Sarlet:

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

Assim, não há mais — ao contrário do que alguns parecem crer — como desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do Direito no que diz com a proteção e promoção da dignidade. Nesta perspectiva, quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir — num primeiro momento — à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade. [...]

Assim sendo, tem-se 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em

comunhão com os demais seres humanos.  
(SARLET, 2007)<sup>4</sup>

Se a orientação sexual é decorrência do direito à liberdade em sentido amplo (direito de primeira dimensão) e integra o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, é imperiosa a conclusão de que indivíduo algum pode sofrer qualquer tipo de restrição em decorrência única dessa postura pessoal íntima.

Nem se diga que ao Estado não é dada a prerrogativa de invadir a esfera individual de seu povo a ponto de perquirir qual é o comportamento de quem na intimidade de seus lares, para, a partir daí, legislar ou praticar qualquer ato que lhe é inerente. E essa é lição que remonta aos primórdios do movimento constitucionalista moderno. É célebre o discurso do Lord Chatham no Parlamento Britânico a respeito da inviolabilidade do domicílio e, via de consequência, das práticas sexuais que lá se concretizam “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.” (MORAES, 2006, p. 20).

O Estado brasileiro insiste em violar a intimidade de seus cidadãos, não com ameaça ativa de violência, mas por omissão

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.universia.net/>>. Acesso em: 25 Out. 2011, 17h15min.

legislativa inconstitucional no sentido de não conferir amparo legal a direitos de cidadãos que integram a minoria homoafetiva.

Para além disso, a posição do Estado brasileiro de condicionar a atividade legislativa a características de ordem pessoal e íntima - como a sexualidade – atenta inclusive, afora o princípio da igualdade, contra a idéia de um pacto social. Afinal, seria custoso imaginar que algum indivíduo em sã consciência firmaria um pacto fictício dispondo de parcela de sua liberdade em favor de uma entidade (Estado) que reserva para si as prerrogativas de tributar, legislar e punir, mas que condiciona essas atividades – em especial a atividade legislativa – a uma condição íntima de cada indivíduo, tal como a sexualidade. Nem mesmo a mais romântica das teorias contratualistas vislumbraria semelhante acordo que se insurge, amiúde, contra o próprio instinto humano em suas vertentes mais animais.

Malgrado a evidência do comportamento omissivo e odioso, nosso acervo normativo infraconstitucional insiste em ignorar a realidade dos gays, lésbicas, transexuais, travestis e bissexuais. E essa lamentável postura do legislativo não é de hoje, como pondera Berenice Dias:

O covarde silêncio do legislador, que se nega a aprovar leis que atendam as minorias alvo de discriminação, sempre alimentou o preconceito. Basta lembrar que data do ano de 1995 o primeiro projeto de lei que, tal qual um punhado de tantos outros, vagaram pelas casas legislativas sem nunca terem sido levados à votação. A maioria foi arquivada. Atualmente existem 16 projetos em tramitação, sem que se vislumbre a possibilidade

**O Direito Sucessório nas Relações Homoafetivas**

de serem aprovados. Nem mesmo o que criminaliza a homofobia. A única referência se encontra na Lei Maria da Penha que conceitua família como relação íntima de afeto, independente da orientação sexual<sup>5</sup>.

Aqui cabe frisar, como decorrência dos argumentos expostos supra que a sucessão homoafetiva é tema duplamente amparado pela condição de direito fundamental. De um lado, por que o direito de herança é expressamente apresentado no art. 5º da Lei Maior como garantia fundamental, de outra banda por que a orientação sexual compõe, dentro da complexidade da condição humana, o núcleo da dignidade da pessoa humana, na medida em que é decorrência do próprio direito de liberdade.

A gravidade da situação não regulamentada legalmente ganha enfoque destacado ao passo em que traz repercussões práticas de naturezas diversas que acabam por deixar os gays, lésbicas, transexuais, travestis e bissexuais em situação de vulnerabilidade jurídica.

Por não ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar, com consequentes repercussões jurídicas, podem ocorrer situações esdrúxulas na sucessão do patrimônio do *de cujus*.

Imagine-se o caso em que duas pessoas de mesmo sexo tenham convivido por décadas juntas em um relacionamento pautado fundamentalmente pela afetividade.

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. **O reconhecimento do direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 27 Out. 2011, 18:35:00.

Imagine-se ainda que um dos membros tenha como único parente vivo um primo que mora em outro Estado e que há décadas não mantém qualquer espécie de contato. Um dos companheiros que viveu por anos em relação homoafetiva falece sem testar, deixando bens, que incluem a casa que serviu de lar para os companheiros por muitos anos. Por “não ser jurídica” a relação entre os dois, o patrimônio do falecido passará por inteiro para o primo vivo, segundo a ordem de sucessão legítima prevista no art. 1.829 do CC/2002. Ao companheiro homoafetivo sobrevivente restará à amargura da morte do par e o infortúnio de perder inclusive o próprio lar.

E pior, se não existisse o referido primo distante, a herança seria declarada vacante a teor dos artigos 1.819 a 1.823 do Código Civil vigente. O efeito jurídico mais mortificante da declaração de herança vacante é a transferência do patrimônio ao Poder Público. Seria essa a “vontade do *de cuius*”, princípio que norteia todo o direito sucessório brasileiro? Claro que não.

Na tentativa de contornar situações como a do companheiro sobrevivente acima exposta, a jurisprudência tentou uma construção um tanto questionável: “não se reconhece o vínculo afetivo, mas iremos encarar a relação dos dois como se sociedade de fato fosse”. Assim, na dissolução do vínculo, seja por separação ou morte, tudo aquilo que se provar construído ou adquirido na “vigência da sociedade de fato” será partilhado (no caso de separação) ou restará para o cônjuge sobrevivente (no caso de morte).

O tratamento das relações afetivas, segunda a construção jurisprudencial em comento, – quando essas ocorrem

entre pessoas de mesmo sexo – passa a ser regido pelo Direito das Obrigações. Essa solução afigura-se, ainda que com boa intenção, inconstitucional e grotesca. Trata-se da coisificação do ser humano em razão única de sua sexualidade, na medida em que empresta teoria do Direito Empresarial para resolver questões de ordem intimamente emocional que repercutiram com a morte ou com a separação no campo patrimonial. Essa situação não merece prosperar.

## O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.

A indesejável omissão legislativa em relação ao “enquadramento” das relações homoafetivas, conforme já fora comentado, é situação por demais penosa e atentatória ao sistema democrático brasileiro.

Contudo, “a ausência de lei não é a ausência de direito”, como disse Ayres Britto, então Ministro do Supremo Tribunal que relatou a histórica Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, julgadas em maio de 2011.

Na ADI citada se reconheceu, pelo voto de dez dos onze ministros do STF<sup>6</sup> a união estável homoafetiva como entidade familiar, dando-se interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, afastando-se todo significado que possa acarretar desigualdade de tratamento entre uniões homoafetivas

---

<sup>6</sup> O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era Advogado-Geral da União.

e heteroafetivas. Foi dada à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A equiparação da união homoafetiva à união heteroafetiva é suficiente para conferir direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente. Este irá suceder na forma do art. 1.790 do *Códex*, ou seja, em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. A decisão do Guardião-Mor da Constituição é, portanto, um marco na história da Nação tupiniquim e um avanço sem precedentes para a minoria homoafetiva no Brasil.

Posteriormente, em outubro de 2011, tivemos outra decisão favorável à minoria homoafetiva por parte de um Tribunal Superior. Desta vez o Superior Tribunal de Justiça, A 4ª Turma do egrégio Tribunal proveu recurso de mulheres que foram ao judiciário pedir habilitação para o casamento civil. Baseou-se a decisão dos ministros na mesma linha de raciocínio adotada pelo STF para permitir a união civil. É o que se pode inferir das palavras do Ministro relator, Luis Felipe Salomão:

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento. **(Resp 1.183.348. Julgamento em 25/10/2011).**

Aqui merece destaque o voto vencido do ministro Raul Araújo, que argumentou que o tema envolve interpretação da Constituição Federal, sendo, portanto, da competência do STF.

Afigura-se razoável a posição do ministro, afinal, o *caput*, do art. 102 da CF/1988 reserva à Suprema Corte a competência para a guarda e a interpretação da Constituição. Embora louvável tenha sido a intenção da Corte de Uniformização, houve evidente exorbitação da competência do Superior Tribunal de Justiça.

No mais, nos termos em que a decisão foi conclusa pela Corte Maior, não havia margem para a extensão da equiparação da união homoafetiva ao casamento homoafetivo. O direito existe como foi até aqui sustentado, mas deve ser legitimado pelo rito correto, pelas vias legitimadas pela Constituição Federal, sem atropelos.

Apesar dos recentes avanços no campo jurisprudencial carreados pelas Cortes Superiores, impende destacar que a grande vanguarda no reconhecimento dos direitos da comunidade homoafetiva ocorreu na Justiça Ordinária, como explica Dias:

Desde o ano de 2001 são deferidas às uniões homoafetivas direitos no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões. Ora as reconhecendo como entidade familiar, ora aplicando por analogia a legislação da união estável. As decisões pioneiras são do Rio Grande do Sul, mas todos os demais Estados vêm decidindo no mesmo sentido. De modo recorrente, são concedidos direitos

previdenciários, pensão por morte e a inclusão em plano de saúde. Contam-se às dezenas as decisões que deferem direitos sucessórios, assegurando direito à meação, direito real de habitação, direito à herança bem como o exercício da inventariança. Também são deferidos alimentos e assegurado o direito à curatela do companheiro declarado incapaz. Do mesmo modo, é assegurada a adoção e a habilitação conjunta, bem como declarada a dupla parentalidade quando são usados os meios de reprodução assistida. Ainda que os parceiros sejam gays, reconhecida como doméstica a violência, são aplicadas medidas protetivas da Lei Maria da Penha. De tão reiteradas às decisões, alguns direitos são deferidos em sede administrativa. Assim a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio reclusão; o pagamento seguro DPVAT; a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também está assegurada a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda<sup>7</sup>.

Com as decisões dos Tribunais Superiores, o Judiciário findou por referendar um direito que já existia, mas que amargou por anos a inércia do Legislativo.

O Brasil passa em 2011, embora por via judicial, ao rol dos países que avançaram no sentido de homenagear a igualdade, o direito à busca pela felicidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Desse rol fazem parte países como a Argentina – autorizou em 2010 o casamento homoafetivo por

---

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. **O reconhecimento do direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 27 Out. 2011, 18:35:00.

meio de lei, sendo país pioneiro entre os latinos nesse assunto – o México, África do Sul, Canadá, Espanha, Portugal, EUA, entre outros.

Vê-se, pois, que a convergência de posicionamentos, legislativos ou jurisprudenciais no sentido do reconhecimento das relações entre as minorias homoafetivas é tendência mundial. Nada mais natural, posto que os direitos humanos fundamentais são marcados, sobremaneira pela universalidade de destinatários.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito de herança é corolário do direito de propriedade e garantia constitucional imprescindível aos Estados capitalistas. Reveste-se, por essa condição, das mesmas características dos direitos humanos fundamentais. É, via de consequência, universal no que pertine a titularidade. Em outras palavras, é extensível a todo e qualquer ser humano pela simples razão de sua condição humana.

A orientação sexual representa parcela do próprio direito de liberdade, tão caro aos sistemas democráticos. Além disso, integra também, dentro do contexto complexo da condição humana, o conteúdo da dignidade da pessoa humana, alicerce de todo o sistema de direitos fundamentais.

O Estado, por imperativos de igualdade, e mesmo pela própria natureza factual de sua existência, não pode condicionar sua atuação, sobretudo sua função legiferante, conforme a situação particular e íntima de cada integrante do povo. Ao revés, deve zelar pela igualdade material atuando positivamente

para promovê-la. Assim, a jurisprudência brasileira andou bem ao reconhecer, ainda que com a ausência de lei, a presença do direito das minorias homoafetivas serem reconhecidas juridicamente. Essa é a tendência mundial, posta a natureza universal dos direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Tradução de Luís Afonso Heck. P. 45.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento sem escala**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 20 Out. 2011, 16:32:00.

DIAS, Maria Berenice. **O reconhecimento do direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 27 Out. 2011, 18:35:00.

DIAS, Maria Berenice. **Um sonho convertido em casamento**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 29 Out. 2011, 14:10:00.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume. 6: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume. 7: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORIN, Edgar. **A cabeça em feita. Repensar a reforma- reformar o pensamento**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. Tradução de Eloá Jacobina. P. 41.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. 2. ed. Leme/SP: Edijur, 2010.

SARLET, Ingo. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.universia.net/>>. Acesso em: 25 Out. 2011, 17:15:00.  
**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

# COTAS RACIAIS *VERSUS* COTAS SOCIAIS PARA O INGRESSO EM UNIVERSIDADES

Clédna Dantas de Lucena  
Paula Mayara F. C. de Araújo

**Resumo:** No presente artigo, investigar-se-á sobre a postura afirmativa do Estado no tocante à forma de acesso às universidades públicas brasileiras. Para tanto, será realizado um esboço histórico com o intuito de compreender melhor o sistema de cotas raciais e sociais, enfocando-se o surgimento das cotas raciais e sociais no Brasil. Em seguida, serão analisados dados estatísticos sobre a realidade pátria em relação aos negros e pobres no ensino superior. Neste contexto, serão trazidos argumentos contrapostos, favoráveis e contrários à ação afirmativa em comento, pelo que se examinará a repercussão jurídica da questão, inclusive com um estudo sobre a ADPF 186.

**Palavras-chaves:** Cotas; Sociais; Raciais; Universidade.

**Abstract:** In the present article, investigate up to affirmative posture of Federal State regarding the form of access to the public Brazilian Universities. Therefore, It will be realized a historical outline with the objective to understand better the system of racial and social quotas, focusing on the rise of racial and social in the Brazil. Aterwards it will be analyzed estatical data about patria reality in relation of the black and poor in the right education. In this context, I will bring opposed, favorable and contraries arguments to the affirmative action in commenting, which will review the legal repercussion of question, inclusive with a study about ADPF one hundred eighty and eight(186)

**Key-Words:** Quotas; Socials; Racials; University.

## 1. INTRÓITO: COTAS RACIAIS E SOCIAIS: UM BREVE ESBOÇO DE ONDE TUDO COMEÇOU

O sistema de cotas consiste numa ação de cunho governamental que visa à separação de uma dada porcentagem de vagas em instituições de caráter privado ou público para um determinado seguimento de pessoas. No caso das universidades, tem-se experimentado o sistema de cotas raciais e sociais, com o objetivo de reduzir e/ou eliminar traços de discriminação e preconceitos existentes dentro de uma realidade.

Assim, o sistema de cotas constitui-se como uma ação afirmativa, na medida em que busca compensar diversas formas de perdas causadas pelo preconceito, buscando o desenvolvimento social e econômico da população discriminada.

Constatam-se, em diversas partes do mundo, vários experimentos no que concerne ao sistema de cotas, sendo interessante destacar a primeira experiência de utilização desse sistema, o qual data de 1950, na Índia, em que foram designadas vagas em órgãos públicos para os chamados *dalites*, considerados na região como “intocáveis” pelas demais etnias da Índia (Macêdo, 2009). Essa ação teve como objetivo reduzir as desigualdades advindas do sistema de castas existentes na região.

Nos Estados Unidos, por volta de 1961, no governo do presidente John Kennedy, optou-se pela instauração do sistema de cotas raciais com vistas a gerar a igualdade social e econômica entre negros e brancos, na medida em que, neste período, o país era conhecido como um território altamente segregado racialmente, sendo proibido não apenas o casamento entre

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

negros e brancos, mas também havendo entre eles, a separação nas escolas e em ambientes privados (Macêdo, 2009).

Desse modo, os Estados Unidos começaram a vivenciar um momento de luta e busca pela implementação dos direitos civis de sua população negra, com a efervescência dos conflitos raciais, sendo as cotas uma estratégia para se buscar a igualdade racial entre os segmentos da população. Mas, segundo o economista e pesquisador Thomas Sowell (2004), a experiência vivenciada pelos EUA não foi bem sucedida, visto que não alterou a condição da população negra mais pobre.

Houve também casos como o da Malásia, que buscou com o sistema de cotas atingir um maior desenvolvimento econômico, ao passo que o governo local destinou a separação de vagas para a etnia chamada *bimiputra*, mais desfavorecida economicamente. Além desses, outros países, como as Ilhas Fiji, Canadá e Austrália, se destacaram por introduzir o sistema de cotas em suas instituições no decorrer dos anos 90 (Macêdo, 2009).

## **2. SURGIMENTO DAS COTAS RACIAIS E SOCIAIS NO BRASIL**

A primeira experiência, com o sistema de cotas, em universidades federais, no Brasil, ocorreu na Universidade de Brasília (UnB), quando a instituição destinou certa quantidade de vagas para as cotas raciais, justificando que, no país, a massa de estudantes que ingressam no ensino superior é em sua grande maioria branca, o que limita o crescimento do país.

Atualmente, o Brasil conta com um Programa Nacional de Direitos, um programa do governo federal, na busca pela real

**Cotas Raciais Versus Cotas Sociais para o Ingresso em Universidades**

afirmação e implantação dos direitos humanos no país, compromissos estes que são firmados tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional.

O PNDH (Programa Nacional de Direitos Humanos), criado pelo Ministério da Justiça em colaboração com diversos segmentos da sociedade civil, objetiva promover a implementação dos Direitos Humanos apresentando propostas de caráter diverso no âmbito dessa temática.

O Programa já foi apresentado em três versões, visando à atualização e à incorporação de demandas recentes, mas é interessante ressaltar que, em todos os planos, são referidas ações que objetivam maior diversidade cultural, social e racial dentro dos espaços universitários.

Em sua primeira versão o Programa enfatiza que é necessário “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta” (PNDH, 1996, p. 14).

Já a segunda versão traz como ponto fundamental “estabelecer mecanismos de promoção da equidade de acesso ao ensino superior, levando em consideração a necessidade de que o contingente de alunos universitários reflita a diversidade racial e cultural da sociedade brasileira” (PNDH II, 2002, p. 23), como também:

Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas,

aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira (PNDH II, 2002, p. 16).

No que concerne à terceira versão do Programa, esta trata, no âmbito das universidades, em suas ações programáticas, da necessidade de se “fomentar as ações afirmativas para o ingresso das populações negra, indígena e de baixa renda no ensino superior” (PNDH III, 2009, p. 66).

Assim, o PNDH em suas três versões constitui bases para a efetivação dos direitos humanos, bem como numa estratégia de combate à discriminação, inclusive no que concerne aos espaços de ensino superior no Brasil, traçando metas e instaurando medidas no combate à discriminação da população que se encontra desfavorecida tanto social como economicamente, pelas mais diversas causas, buscando também suprir perdas históricas ocorridas no decorrer dos anos no Brasil, mas que ainda hoje trazem marcas para a população, como é o exemplo dos negros e dos índios.

O país conta ainda com leis que implementam o sistema de cotas em caráter estadual, por exemplo, a Lei n.º 3.524/00 do Estado do Rio de Janeiro, onde somente em 2004 passou a ser praticada, na qual destina-se 50% das vagas das universidades estaduais para alunos oriundos da rede pública, seja municipal ou estadual, bem como a Lei de n.º 3.708/01 do mesmo Estado, posta em prática em 2002, na qual determina a separação de 40% das vagas das universidades estaduais para alunos negros ou pardos. Ambas passaram a ser efetivadas na Universidade do Rio

**Cotas Raciais Versus Cotas Sociais para o Ingresso em Universidades**

de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF).

Além de contar com essas leis de âmbito estadual e com o Programa Nacional de Direitos Humanos em suas três versões, o Brasil também possui a lei federal n.º 10.558/2002, que cria o Programa Diversidade na Universidade, juntamente com a construção de uma política educacional antirracista, o Programa propõe a promoção da igualdade das diversas etnias dentro do ensino superior no Brasil, buscando articular estratégias de inclusão e melhor acesso da população negra e indígena ao ensino superior.

Outra importante base que merece destaque é a lei federal n.º 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, o qual traz um conjunto de medidas a serem implantadas pelo governo federal, visando garantir os direitos fundamentais à população afro-brasileira.

No que diz respeito às ações afirmativas, o texto é bastante enfático, trazendo à tona a necessidade de se trabalhar esse tema no país, é o que se percebe no art. 5º, inciso VII, que trata da:

implementação de ações afirmativas destinadas ao enfrentamento das desigualdades raciais nas esferas da educação, cultura, esporte e lazer, saúde, trabalho, meios de comunicação de massa, terras de quilombos, acesso à Justiça, financiamentos públicos, contratação pública de serviços e obras, dentre outras (2000, p. 9).

O supracitado artigo refere-se também em seu inciso VII, § 1º a respeito dos:

programas de ação afirmativa constituir-se-ão em imediatas iniciativas reparatórias, destinadas a iniciar a correção das distorções e desigualdades raciais derivadas da escravidão e demais práticas discriminatórias racialmente adotadas, na esfera pública e na esfera privada, durante o processo de formação social do Brasil e poderão utilizar-se da estipulação de cotas para a consecução de seus objetivos (2000, p. 9).

Recentemente, foi aprovada a resolução de nº 203, de 23 de junho de 2015, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, referente à reserva de 20% das vagas destinadas à população negra em concursos para os cargos de juízes e servidores.

Doravante, a resolução terá validade para os seguintes órgãos: o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) e também os Tribunais do Trabalho, Eleitorais, Militares e também Tribunais Estaduais e do Distrito Federal.

### **3. DADOS E ESTATÍSTICAS PARA COMPREENSÃO DO SISTEMA DE COTAS SOCIAIS E RACIAIS PARA INGRESSO EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

A política de cotas sociais e raciais tem aberto um leque de embates e polêmicas no espaço acadêmico e no meio social de modo geral. Nesse sentido, é relevante trazer a análise o

estudo dados acerca da composição social do Brasil nos tempos atuais, pois o cenário que se apresenta no ensino superior pode ser compreendido como reflexo da sociedade.

Por exemplo, ao se notar que, segundo Foroni (2007), no ano de 2007, 63% dos pobres e 69% dos indigentes brasileiros eram negros, observa-se que a igualdade racial ainda é um objetivo a ser alcançado, tendo em vista que, se este número tão expressivo de negros compõe as classes mais pauperizadas, por conseguinte, o seu acesso não apenas ao ensino superior, como também, aos demais direitos sociais tem sido incipiente.

Todavia, há aqueles que não creditam veracidade a tais informações, afirmando que o país é bastante miscigenado e o fato de ser negro ou branco não será grave empecilho para se auferir melhores condições de vida. A este posicionamento, alguns estudiosos e militantes do movimento negro denominam como “mito da igualdade racial”, sendo compreendida por estes como uma forma tácita e perversa de perpetuação do racismo.

Outro apontamento pertinente a ser referido dizem respeito aos Dados da Síntese de Indicadores Sociais, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>1</sup>, o qual mostra que, com o advento do sistema de cotas, a proporção de brasileiros com ensino superior completo, que se declaram negros ou pardos, dobrou em dez anos, mas o patamar era tão baixo em 1999 que, apesar do aumento, os contingentes dos dois grupos ainda representam um terço do porcentage de brancos graduados.

---

<sup>1</sup><http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2009/default.shtm>.

Em 2009, apenas 4,7% dos negros e 5,3% dos pardos com 25 anos ou mais tinham curso superior – ante 15% dos brancos. Dez anos antes, o percentual era de 2,3% para cada um dos dois primeiros grupos e de 9,8% para brancos<sup>2</sup>.

Quanto à presença de negros em outros espaços sociais, os números do Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2007-2008, mostram uma realidade diferente da propagada pela ideologia da democracia racial. Dos 513 deputados eleitos em 2006, apenas 11 eram pretos e 35 pardos. No início de 2007, dos 81 senadores, 76 eram brancos, enquanto somente 04 eram pardos e 01 negro. Dos 68 juizes dos Tribunais Superiores, apenas 02 foram identificados como negros e 02 como amarelos, sendo todos os demais brancos.

No corpo docente das universidades brasileiras, a situação é ainda mais grave. Em um estudo realizado pelo professor de antropologia da Universidade de Brasília (UnB), José Jorge de Carvalho, em 12 das principais universidades brasileiras, foi constatado que o número de professores negros (pretos e pardos) não chega sequer a 1%. Dos 4.705 professores da Universidade de São Paulo (USP) no período avaliado, apenas 05 (0,1%) eram negros. Das instituições pesquisadas, a com maior pluralismo racial do corpo docente foi a UnB, na qual, dentre 1.500 professores, havia 15 (1%) negros<sup>3</sup>.

Os quantitativos supramencionados deixam claro que, com o advento do sistema de cotas sociais e raciais, o ensino superior passou a ter um corpo discente mais heterogêneo. Com efeito, para promover a igualdade de oportunidades a todos, é

---

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

imperativo o tratamento diferenciado entre grupos ou situações, de acordo com as necessidades e particularidades de cada um.

Reportando-se especificamente à complexidade do debate da política de cota social, este passa também pela discussão de sua efetividade enquanto mecanismo de apoio aos estudantes oriundos de escolas públicas, tendo em vista que tal política interfere no acesso seletivo destes estudantes à universidade, mas não dá conta de garantir sua permanência.

Nesse sentido, Castro (2008) apresenta algo que os estudantes de cota social precisam superar para concluir seus cursos:

[...] o caráter pontual de política de reserva de vagas tornando-a uma política pública de estado que englobe apoio acadêmico [...] e infraestrutura institucional que disponibilize alojamentos, restaurante universitário [...] haveria necessidade, assim, de uma política de assistência ao estudante (CASTRO, 2008, p. 151-152).

O que não pode continuar nas universidades é a irresponsabilidade do Poder Público em dar condições de estudo.

Como em outros Estados da Federação, no Rio Grande do Norte, fica claro o descaso a justificar a preocupação ora assinalada, uma vez que há uma lei que estabelece o acesso diferenciado aos egressos do ensino básico da rede pública (geralmente, pobres e que não tiverem estrutura de apoio para

desenvolver os estudos), reservando uma cota social específica para estes ingressarem nas universidades estaduais<sup>4</sup>.

A partir desta reflexão, é preciso ressaltar que a política de cota social não encerra uma solução definitiva para a problemática do acesso (e permanência) dos estudantes da classe pauperizada nas Unidades de Formação Acadêmica, apesar de constituir uma resposta imediata relevante nessa conjuntura. Logo, garantir condições de igualdade mais concretas entre os estudantes de escolas públicas e privadas, definitivamente passa pela superação da frágil estrutura e qualidade da educação pública deste país.

#### **4. ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS SOBRE A PROBLEMÁTICA DAS COTAS<sup>5</sup>**

Dentre os posicionamentos contrários à política de cotas, é comum se argumentar a desnecessidade das cotas, mas aqui far-se-á um confronto de posicionamentos.

Inicialmente, Lima (2009) contrariamente às cotas, expõe que são inconstitucionais estas ações, com base no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. No referido artigo, um dos objetivos fundamentais da República Federativa é “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (LIMA, 2009, p.13).

---

<sup>4</sup> Lei Estadual nº 8.258/02 que estabelece a reserva de 50% das vagas, disponibilizadas nas universidades públicas estaduais do Rio Grande do Norte, para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental e médio em escolas públicas.

<sup>5</sup> LIMA, Oséas Felício de. **O sistema de cotas raciais e suas implicações**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-sistema-de-cotas-raciais-e-suas-implicacoes/33146/>>. Acesso em 25 de mar. 2011.

Segundo o autor supracitado, não pode haver nenhuma forma de preconceito, discriminação ou qualquer ação que favoreça uns em detrimento de outros.

Contudo, pode-se objetar que as cotas sociais e/ou raciais não estão desfavorecendo os indivíduos oriundos da escola privada, nem os brancos, pois, da mesma forma que são reservadas 50% das vagas para alunos das escolas públicas e para negros, também são reservadas as outras 50% restantes para os alunos das escolas privadas e /ou brancos, por exemplo.

Mediante esta proposta de divisão igualitária, entende-se que cada categoria seria respeitada, diferentemente se fosse reservada 80% ou 90% das vagas para as cotas sociais e raciais.

A reserva de um percentual (cota) seria justificada, em favor de alunos de escola pública e negros também egressos de escola pública, para que não se favoreça um negro rico, de modo a permitir que aqueles ingressem na universidade, uma vez que, sem a política de ação afirmativa das cotas, a realidade tem mostrado a grande desvantagem que possuem na concorrência com alunos da escola privada, devido às precárias condições do ensino público de que são consumidores.

Mesmo com a implantação das cotas sociais, ainda é notória a pouca presença de alunos negros nas universidades, o que pode ser compreendido como uma das expressões da questão social, em que a pobreza é dividida entre os sujeitos pobres e os extremamente pobres.

Seguindo a ideia de que “pobreza tem cor”, de modo que os extremamente pobres são em sua maioria os mais “escuros”, basta um simples olhar para as periferias das cidades. No entanto, estes têm o agravante da ausência de condições

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

econômicas, bem mais forte e prejudicial à sua permanência integral na escola, fazendo com que enfrentem mais obstáculos na sua vida escolar que atrapalham seu empenho para o ingresso na universidade, considerando as condições dos grupos mais favorecidos economicamente.

É clarividente que o ensino superior confere facilidades maiores para inserção no mercado e, portanto, ocupar um bom posto de trabalho e receber salário razoavelmente estável e satisfatório para suprir as necessidades elementares são essenciais para proporcionar à família boas condições de saúde, alimentação, moradia, educação, entre outros direitos essenciais a uma vida com dignidade.

Por outro lado, uma família com problemas financeiros desestrutura-se em outras esferas, já que não é suprida pelos serviços estatais, tornando-se vulnerável social, educacional e culturalmente.

Neste contexto, percebe-se que os negros pobres podem ser vistos como vitimizados socialmente.

Portanto, para quebrar este estigma se faz imprescindíveis as ações afirmativas das cotas raciais para que possam ter o direito à educação superior, de modo que o ensino médio deficiente não sirva de barreira. Com isso, os negros terão igualdade de direitos no acesso à universidade. Contudo, essa ação não seria capaz para erradicar a discriminação.

Outro argumento mencionado pelo referido autor, relacionado à inconstitucionalidade das cotas, refere-se ao discurso de que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza [...]” (Constituição Federal, 1988, art. 5º, p.15),

não podendo com isso ser dado um tratamento desigual aos cidadãos reconhecidos como iguais pela Constituição Federal.

Contudo, impõe-se reconhecer que o que existe é uma igualdade formal e uma desigualdade material, uma vez que vários direitos, previstos na Constituição como deveres de prestação do Estado, não são assegurados, restando à população, àqueles que podem recorrer ao sistema privado.

Portanto, revela-se que a igualdade pensada não alcança o plano da realização desejada. Isso porque não há como afirmar a igualdade diante de tantas diferenças reais, em diversos âmbitos do viver social. Os “ricos”, diferentemente dos “pobres”, conseguem fugir do sucateamento das instituições públicas.

A educação de base pública está muito longe de ser igual à privada, considerada qualificada, já alunos que prestam vestibulares oriundos do ensino público não concorrem em igualdade com os de escola privada, o que se comprova mediante os notórios resultados seletivos, haja vista que os egressos do ensino privado possuem mais condições de acumularem conhecimento do que os da rede pública.

Pode-se argumentar, nesse bojo, a imprescindibilidade da política afirmativa de cotas para a população negra e pobre, porquanto eles são desiguais e devem ser tratados desigualmente, nessa medida, sob pena de falta de equidade. Ora, a ausência de recursos limita o acesso a bens, inclusive a educação.

Por meio do sistema de cotas, pugna-se alcançar um quadro de maior equilíbrio no âmbito das universidades, fazendo deste espaço um ambiente diversificado, sobretudo em relação à origem social e racial.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

Uma posição contrária à política de cotas está relacionada à suposta queda no rendimento dos cursos superiores com a inserção dos alunos cotistas.

Todavia, contrapõe-se a esta tese o fato de que os alunos cotistas irão estudar os mesmos conteúdos que os não cotistas, devendo-se aferir o nível de compreensão e aprendizado de modo tão rigoroso quanto antes da implantação do sistema, de modo a não permitir uma redução da qualidade de formação dos graduandos.

Pode-se sugerir, inclusive, uma espécie de reforço nas matérias do ensino básico, através de livros relacionados que deverão ser disponibilizados pela universidade.

Ora, favorável a essa posição, pode-se verificar que a diferença real diz respeito aos conteúdos básicos, mas, não necessariamente, à capacidade de assimilar conhecimento, mormente o fato de que o que se aprende, no ensino básico, difere bastante dos conteúdos específicos dos cursos superiores.

É perceptível que esse discurso de queda no rendimento é mais uma forma de discriminação com a população menos favorecida, como se estes alunos possuíssem uma debilidade intelectual que não possibilitaria os cotistas de acompanharem o nível dos cursos superiores<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Frise-se que, nas avaliações de ensino-aprendizagem, é muito problemático aferir a capacidade de raciocínio e compreensão do aluno, pelo que as provas que exigem “decoração” de conteúdos tem sido prática consagrada há séculos, tanto no meio acadêmico, como, especialmente, na educação de base. Portanto e diante da diversificação do desenvolvimento humano e das peculiaridades de cada indivíduo, não há sólido fundamento para se afirmar a idêntica/semelhante condição de aprendizado entre os alunos – cotista – que não “decoraram” ou “aprenderam” conteúdos de base e outros – não cotistas – que foram “bem formados” nas escolas privadas. Se o ser humano e sua racionalidade é fruto de um complexo processo de formação, não seria apropriado afirmar que um déficit numa das etapas da formação de base não geraria diferenças para apreensão de conteúdos mais aprofundados. Não por causa da classe social ou racial (cor da pele), porém pela especificidade das áreas do saber e sua forma de trabalhar conteúdos.

Com as ações afirmativas, os cidadãos que possuem dificuldades que, muitas vezes, impossibilitam o acesso aos “prestigiados” cursos superiores, poderão obter a formação profissional que o mercado capitalista requer além de realiar o sonho da colação de grau, o que faz da universidade um instrumento bem menos dedicado ao seu fim de priorizar a pesquisa, o ensino e a extensão.

É que, se os sonhos e o mercado são a mola propulsora deste movimento de cotização das vagas, então, não se está lutando contra o sistema econômico que gerou as desigualdades que justificaram as cotas, porém se está anuindo e reforçando a forma “capitalista”. Igualmente, reforça-se a ideia da “educação” como um produto mercantilizado e os diplomas apenas um meio de preencher um currículo profissional, reduzindo a visão de que a universidade é espaço para proliferação do saber criterioso, rigoroso e científico, a fim de apresentar contribuições para a sociedade (extensão) a partir de suas pesquisas e estudos aprofundados.

Infelizmente, corre-se o risco da preocupação com resultados quantitativos de profissionais diplomados, sem que haja qualidade na sua formação e, conseqüentemente, fazer

---

Deste modo, melhor (embora menos econômico e realizável) seria uma forma de aferir o perfil acadêmico (voltado para pesquisa, ensino e extensão) do postulante à vaga universitária, pois se mostra inadequado trabalhar, pelo modelo atual de vestibular fundado no mérito, numa instituição de ensino superior, conteúdos de nível básico como reforço escolar. Assim, caso fosse encontrado um perfil universitário num indivíduo que não tivesse formação de base, justificar-se-ia um investimento para nivelá-lo em termos basilares.

Todavia, fazer esse investimento num sistema de acesso que mensura acúmulo de conhecimento de base – sem o qual é evidente a diferença (facilidade) na apreensão de novos conteúdos mais aprofundados – é caminhar na contramão e fazer do nível superior um ambiente de reforço público, quando não foi criado para tal. Seria deixar para o Estado fazer aquilo que não fez no tempo oportuno (nível fundamental e médio) num ambiente (universidade) que não é destinado para esse fim. Desse modo, corre-se o risco de, mais uma vez, operar-se a negligência do Estado, o qual será impelido, como ocorre no ensino básico, a aprovar e “formar” os estudantes, concedendo-se o grau superior.

**Coletânea de Direitos Humanos e Fundamentais**

decair qualidade profissional. Querer enfrentar o preconceito e a discriminação por meio da educação superior é esquecer que os valores humanos de respeito e tolerância não se aprendem, com maior eficácia, em salas de aula e, ainda, como é a tendência de tudo que é público e universalizado (SUS, segurança pública, ensino básico, transporte, etc.), as universidades públicas podem, com o crescimento das instituições privadas, deixar de ser o melhor lugar para boa formação (sucateamento), inclusive porque exigem um investimento de recursos financeiros elevado para manutenção do ensino superior com pesquisas de ponta, verbas que, historicamente, o Poder Público não concede em favor da educação.

Estas preocupações devem estar presentes para que não se incorra no erro comum de reformas e “revoluções” que parecem ser panaceias quando mais se apresentam como engodos e meios de incutir uma falsa alteração do estado de dominação, muitas vezes, operam-se uma mudança de posições, mas não uma eliminação crescente do fenômeno da opressão, em regra, econômica e acompanhada de outros aspectos (por exemplo, étnico-raciais).

De fato, melhor seria se a educação pública de base fosse eficiente, assim como todos os demais aparelhos estatais. Todavia, como isso não acontece, o sistema de cotas apresenta-se como meio urgente de resposta à pressão social, não tanto pela melhoria na qualidade do ensino, mas, pela emergência de interesses econômicos.

A crítica aqui apontada é no sentido de se ponderarem os argumentos, tendo em vista a concepção da educação e do espaço universitário, para que aquela não vire mera mercadoria,

**Cotas Raciais Versus Cotas Sociais para o Ingresso em Universidades**

nem este um simples lugar de formação técnico-profissional. A universidade, como centro de estudos e pesquisas, pode ser um ambiente acadêmico, mas não parece ser coerente se manter a forma de exame vestibular, sem se perquirir o perfil do ingressando, ainda mais quando as cotas desprezam, em parte, o mérito do conhecimento acumulado, em favor da acessibilidade negros e/ou pobres.

Num Estado que adota uma política neoliberal de redução dos gastos, principalmente com o social, infelizmente, a prognose que se faz é de uma dura realidade das universidades, as quais poderão não contar com investimentos suficientes para estruturação, tornando-se mais difícil manter pessoas carentes de educação de base e de recursos financeiros num nível de excelência nos estudos.

Assim, a adoção destas posturas afirmativas deve ser feita com a ciência dos riscos assumidos, até mesmo para boa formação dos cotistas, no que diz respeito ao caráter acadêmico e não à mera capacitação profissional.

Por isso, implementando-se essas ações, têm-se os benefícios imediatos e quantitativos, sem desprezar a possibilidade de manutenção e até elevação do nível, o qual, antes das cotas, no Brasil, nunca foi tão elevado, se comparado às instituições universitárias do mundo<sup>7</sup>.

Embora não seja a motivação de muitos, culmina-se realizado, na prática, um acréscimo de negros e pobres (injustiçados historicamente) nas universidades, ficando, em

---

<sup>7</sup> Infelizmente, a forma de avaliação pode sofrer dos mesmos males do famigerado sistema adotado na prática da educação básica, na qual a reprovação é evitada a todo custo, gerando alguns bons índices numéricos para a “educação” brasileira.

segundo plano, no momento, as melhorias estruturais e modelares, tanto no ensino básico como no superior.

## **5. ASPECTOS JURÍDICOS: O SISTEMA DE COTAS E A ADPF 186**

Como anteriormente explanado, o sistema de cotas raciais e sociais em universidades brasileiras é fruto de longo período de afirmações legislativas, iniciando com o pioneirismo carioca de suas Leis estaduais. Com base em dados estatísticos, nota-se como o sistema de cotas raciais e sociais está interagindo na realidade social do país.

Diante de tanta polêmica em torno do tema, se fez inevitável que esta discussão fosse levada ao Poder Judiciário.

Em 2009, o Partido Democratas (DEM) impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Preceito Fundamental com pedido cautelar (ADPF 186) contra atos administrativos da Universidade de Brasília (UnB) que, conhecidamente, constitui-se a primeira universidade federal a adotar o programa de cotas raciais para ingresso em seu corpo discente.

Mas, referida ação judicial não se restringe apenas à parte arguente (DEM) e arguida (UnB). A repercussão social do tema proporcionou uma enxurrada de pedidos de intervenção no processo formulados por entidades de classe com o intuito de contribuir para uma resolução do caso.

Nesta ação judicial, tem-se a oportunidade de vislumbrar a amplitude da questão sobre a utilização dessa política afirmativa. Isto porque são suscitados argumentos desfavoráveis e favoráveis sobre a adoção da medida, sobretudo

**Cotas Raciais Versus Cotas Sociais para o Ingresso em Universidades**

acerca da legalidade e adequação da política. Além disso, no âmbito desta demanda (ainda em curso), pode-se tomar conhecimento sobre a visão, ainda que *a priori*, do poder estatal encarregado de dirimir a questão, que, em sede de decisão liminar, levanta importantes aspectos sobre essa política de cotas raciais.

No que dizem respeito aos argumentos desfavoráveis à utilização do sistema de cotas raciais em universidades, é possível extrair dos termos da ADPF que a adoção de tal medida promove suposta ofensa a preceitos constitucionais dentre os quais se destaca: i) o objetivo fundamental da nossa República de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação ( Art. 3º, inciso IV); ii) a regência de nosso país ao princípio do repúdio ao racismo (Art. 4º, inciso VIII); iii) o direito à igualdade e legalidade (incisos I e II do art. 5º); e iv) a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, inciso V).

A medida também é questionada com o fundamento no fato de que não se manifesta possível que o critério da raça, isoladamente, possa ser considerado no Brasil como um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos, uma vez que aos negros não são negados direitos fundamentais previstos na Constituição, tampouco o direito ao acesso ao ensino superior.

Ademais, por ser o Brasil um país miscigenado, não poderia se invocar a chamada “teoria compensatória” que visa à reparação do dano causado pela escravidão.

Tais argumentos parecem servir como reforço argumentativo para demonstrar uma possível ofensa ao princípio da igualdade. Ou seja, não se poderia pensar em igualdade se a medida gera uma espécie de discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra.

Concluiu, portanto, a parte arguente (DEM), que as cotas raciais instituídas pela UnB violam também o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior. Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros.

Em contrapartida aos argumentos suscitados pela ala contrária a aplicação da política afirmativa das cotas raciais, a UnB parte arguida na referida demanda judicial defendeu uma postura favorável à adoção da medida pela plena constitucionalidade dos atos administrativos de implementação do sistema de cotas.

A medida foi tomada com base nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, e que prevê a utilização de ações afirmativas, bem como na autonomia universitária prevista na Constituição brasileira no art. 207.

O critério utilizado, pela UnB, é o do fenótipo do candidato, isto é, se a pessoa é negra (preto ou pardo), sob o fundamento de que é essa característica que leva à discriminação ou ao preconceito racial no nosso país. Sustentaram ainda que:

**Cotas Raciais Versus Cotas Sociais para o Ingresso em Universidades**

“não é possível ignorar, face à análise de abundantes dados estatísticos, que cidadãos brasileiros de cor negra partem, em sua imensa maioria, de condições socioeconômicas muito desfavoráveis comparativamente aos de cor branca.”

Para corroborar tal afirmativa aduz que indicadores sociais do ano de 2006, apresentados pelo IBGE, demonstram que o critério de pertencimento étnico-racial é altamente determinante no processo de diferenciação e exclusão social. Indicam que a taxa de analfabetismo de pretos (14,6%) e de pardos (15,6%) continua sendo em 2005 mais de o dobro que a de brancos (7,0%)<sup>8</sup>.

Trata-se de indicadores sociais que apontam para uma realidade desfavorável à população de cor negra no que diz respeito a sua inserção ao nível superior de ensino. Mas, tais indicadores são questionados pela parte arguente ao alegar que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem “todas as cores”.

Em face de todos estes argumentos, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, prolator de decisão liminar no âmbito da ADPF 186, ponderou num primeiro momento que a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades. Assim, o mandamento constitucional de

---

<sup>8</sup> <http://www.ibge.gov.br/lojavirtual/fichatecnica.php?codigoproduto=8877>.

reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei.

Em outros termos, para o Ministro, a questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social (como é o caso do sistema de cotas), representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade.

No entanto, observa que, para se garantir uma efetiva igualdade material, deve sempre se levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais e que a solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais se vivencia atualmente, mas na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira.

Outro ponto importante levantado na decisão é a de que enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Quanto a este último aspecto não é difícil perceber que a discussão quanto ao sistema de cotas raciais para o ingresso em universidades encontra convergência na questão econômico-social da população brasileira.

Percebe-se, assim, que um dos argumentos desfavoráveis a adoção da política de cotas raciais encontra

amparo na substituição desse modelo por um que levasse em conta a renda em vez da cor da pele.

Esta circunstância é tão relevante para o deslinde da questão que na decisão constante na ADPF o Ministro Gilmar Ferreira Mendes chega a concluir que: “Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre ‘brancos’ e ‘negros’, mas entre ricos e pobres.”.

Certo é que o tema suscita vários questionamentos e que para decidi-lo faz-se necessário fazer grandes reflexões, tais como: quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito? Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autotransferem como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual?

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode perceber, a partir do exposto no trabalho, o sistema de cotas tem antecedentes históricos em vários países e, no Brasil, encontra o pioneirismo nas universidades cariocas e na UnB. Atualmente, em vários Estados é aplicado.

No tocante à legalidade/constitucionalidade de ações afirmativas, há posições antagônicas, fundadas tanto em argumentos formais quanto em valores culturais, sendo de difícil solução definir se a discriminação realizada teria natureza positiva ou negativa. Neste contexto, o STF está por decidir o impasse na ADPF 186, na qual se pode encontrar rico debate sobre o tema.

Entre cotas sociais e raciais, é perceptível uma tendência maior para aceitação das primeiras, enquanto as ações baseadas no fenótipo étnico-racial encontram maiores resistências, sob a tese de que o acesso ao nível superior da educação pública é dificultado não pela cor da pele, mas sim pelo poder aquisitivo da população.

O presente artigo ainda fez ponderações e discutiu a respeito do atual modelo de provas vestibulares e da concepção acerca do espaço acadêmico, a fim de frisar que a questão estrutural das instituições públicas e a qualidade de seus serviços não devem ser deixadas em segundo plano, mesmo que sob o pretexto de incluir, sob pena de a inclusão resultar num enfraquecimento, como sói ocorrer, com os ambientes públicos universalizados, sobretudo pela academia ser um espaço que preza pelo mérito do conhecimento e do saber acumulado para pesquisa e produção científica.

Assim, nessa corrida pela inclusão, devem-se ter cautelas e um olhar cuidadoso para o que estão fazendo da universidade, para que esta não se torne mero meio do mercado capitalista, vender um serviço educacional (o melhor tendendo a estar no privado e, mais uma vez, inacessível ao pobre), renunciando a educação de base e preparando profissionais sem perfil acadêmico, sob a ideia de realizar sonhos e diplomar pessoas como se isso resultasse em maior respeito e tolerância à condição humana de ex-pobres (ou pobres diplomados), negros graduados, índios formados, etc.

Em outras instâncias, a qualificação profissional pode ser obtida para conduzir as pessoas a bons postos de trabalho e a espaços outros que não as profissões consagradas, pois, ao que parece, a universidade não foi concebida com esse papel de, simplesmente, ser instrumento fornecedor de mão de obra, embora seja nisso que tem, infelizmente, se tornado, ao contrário dos preceitos de pesquisa, ensino e extensão.

Enfim, é sempre bom ter em mente que a dignidade do ser humano não deve ser reduzida à sua capacidade laboral e produtiva, a não ser que deseje fomentar o sistema que é acusado de ser o responsável pelas guerras, escravatura, marginalização e origem dos preconceitos e discriminações.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Igualdade Racial**. Senado Federal. Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. Resolução N° 203 de 23 de junho de 2015. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.jornaljurid.com.br/legislacao/resolucoes/cnj-resolucao-no-203-de-23-de-junho-de-2015>> Acesso em: 27 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos I**. Brasília. Decreto n° 1.904, 13 de maio de 1996.

\_\_\_\_\_. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos II**. Brasília. Decreto nº 4.229, 13 de maio de 2002.

\_\_\_\_\_. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos III**. Brasília. Decreto n° 7.177, 12 de maio de 2010.

CASTRO, Alba T. Barroso de. Tendências e contradições da educação pública no Brasil: a crise na universidade e as cotas. *In: Política Social no Capitalismo: tendências contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2008.

FORONI, Yvone Mello D'Alessio. **Cotas para Negros na Universidade: um compromisso educativo de promoção de igualdade racial e social**. Disponível em: <[http://www.apropucsp.org.br/revista/r21\\_r06.htm](http://www.apropucsp.org.br/revista/r21_r06.htm)> Acesso em: 07 de março de 2011.

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Tradução de Patrick Burglin. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

LIMA, Oséas Felício de. **O sistema de cotas raciais e suas implicações**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-sistema-de-cotas-raciais-e-suas-implicacoes/33146/>>. Acesso em 25 de março de 2011.

MACÊDO. Maria Andréia Durão de. **Cotas raciais nas universidades brasileiras**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13491/cotas-raciais-nas-universidades-brasileiras>>. Acesso em 30 de agosto de 2012.

**Mais negros e pardos chegam a faculdade**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100918/not\\_imp611706,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100918/not_imp611706,0.php)> Acesso em 07 de março de 2011.

PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luis M. (orgs.). **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2007-2008**. Disponível em: <[http://www.laeser.ie.ufrj.br/pdf/RDR\\_2007-2008\\_pt.pdf](http://www.laeser.ie.ufrj.br/pdf/RDR_2007-2008_pt.pdf)>. Acesso em 07 de março de 2011.

SOWELL, Thomas. **Affirmative Action Around the World: An Empirical Study**. Londres: Yale University Press, 2004.

VIANNA, Túlio. **Cotas da Igualdade**. Disponível em: <<http://www.cartapotiguar.com.br/?p=5199>>. Acesso em 09 de março de 2011.



ISBN: 978-85-7621-143-3