

DIREITOS FUNDAMENTAIS

NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CRISTINA REZENDE ELIEZER
DÉBORA MOREIRA MAIA RICALDONI
VINÍCIUS DA COSTA GOMES
(ORGANIZADORES)



CRISTINA REZENDE ELIEZER
DÉBORA MOREIRA MAIA RICALDONI
VINÍCIUS DA COSTA GOMES
(ORGANIZADORES)

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2023



Copyright © Editora Metrics

Imagen da capa: Freepik
Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direitos fundamentais no ordenamento jurídico [recurso eletrônico] / organizadores: Cristina Rezende Eliezer, Débora Moreira Maia Ricaldoni, Vinícius da Costa Gomes. - Santo Ângelo : Metrics, 2023.
408 p.

ISBN 978-65-5397-140-0
DOI 10.46550/978-65-5397-140-0

1. Direitos fundamentais. I. Eliezer, Cristina Rezende (org.). II. Ricaldoni, Débora Moreira Maia (org.). III. Gomes, Vinícius da Costa (org.).

CDU: 342.7

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



Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Charley Teixeira Chaves | PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil |
| Dr. Douglas Verbicaro Soares | UFRR, Boa Vista, RR, Brasil |
| Dr. Eder John Scheid | UZH, Zurique, Suíça |
| Dr. Fernando de Oliveira Leão | IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil |
| Dr. Glauclio Bezerra Brandão | UFRN, Natal, RN, Brasil |
| Dr. Gonzalo Salerno | UNCA, Catamarca, Argentina |
| Dra. Helena Maria Ferreira | UFLA, Lavras, MG, Brasil |
| Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana | UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil |
| Dr. Jenerton Arlan Schütz | UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil |
| Dr. Jorge Luis Ordelin Font | CIESS, Cidade do México, México |
| Dr. Luiz Augusto Passos | UFMT, Cuiabá, MT, Brasil |
| Dr. Manuel Becerra Ramirez | UNAM, Cidade do México, México |
| Dr. Marcio Doro | USJT, São Paulo, SP, Brasil |
| Dr. Marcio Flávio Ruaro | IFPR, Palmas, PR, Brasil |
| Dr. Marco Antônio Franco do Amaral | IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil |
| Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira | UFBA, Salvador, BA, Brasil |
| Dra. Mércia Cardoso de Souza | ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil |
| Dr. Milton César Gerhardt | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Muriel Figueiredo Franco | UZH, Zurique, Suíça |
| Dr. Ramon de Freitas Santos | IFTO, Araguaína, TO, Brasil |
| Dr. Rafael J. Pérez Miranda | UAM, Cidade do México, México |
| Dr. Regilson Maciel Borges | UFLA, Lavras, MG, Brasil |
| Dr. Ricardo Luis dos Santos | IFRS, Vacaria, RS, Brasil |
| Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz | UFPA, Belém, PA, Brasil |
| Dra. Rosângela Angelin | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dra. Salete Oro Boff | ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil |
| Dra. Vanessa Rocha Ferreira | CESUPA, Belém, PA, Brasil |
| Dr. Vantoir Roberto Brancher | IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil |
| Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva | ULOYOLA, Sevilha, Espanha |

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| PREFÁCIO..... | 13 |
| <i>Haydée Priscila Pinto Coelho de Sant'ana</i> | |
| APRESENTAÇÃO | 15 |
| <i>Cristina Rezende Eliezer</i> | |
| Capítulo 1 - A EDUCAÇÃO COMO UM DEVER FUNDAMENTAL | 19 |
| <i>Cristina Rezende Eliezer</i> | |
| <i>Plácido Ferreira da Silva</i> | |
| Capítulo 2 - ÓBICES À UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO | 31 |
| <i>Liciane Faria Traverso Gonçalves</i> | |
| <i>João Luiz Traverso Gonçalves</i> | |
| Capítulo 3 - LITÍGIOS CLIMÁTICOS E A BUSCA À PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 59 |
| <i>Irineu José Coelho Filho</i> | |
| <i>Filipe Augusto Silva</i> | |
| <i>Xenofontes Curvelo Piló</i> | |
| Capítulo 4 - DECISÕES MONOCRÁTICAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA | 71 |
| <i>Diego Petacci</i> | |
| Capítulo 5 - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO: ORIGEM, EVOLUÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO | 79 |
| <i>Haydée Priscila Pinto Coelho de Sant'ana</i> | |
| <i>Hugo Assis Pinheiro</i> | |

| | |
|---|-----|
| Capítulo 6 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES SOB A ÉGIDE DA GUARDA COMPARTILHADA | 91 |
| <i>Dárcio Lopardi Mendes Júnior</i> | |
| Capítulo 7 - DIREITO DA PERSONALIDADE E O ABANDONO AFETIVO | 101 |
| <i>Carlos Roberto de Oliveira Chagas</i> | |
| <i>Débora Moreira Maia Ricaldoni</i> | |
| Capítulo 8 - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CLAMOR PÚBLICO: UMA REFLEXÃO SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DO JÚRI | 117 |
| <i>Irineu José Coelho Filho</i> | |
| <i>Eloy Pereira Lemos Junior</i> | |
| Capítulo 9 - DESCRIMINALIZAÇÃO DE DROGAS: AFINAL É COMPETÊNCIA DO STF OU DO LEGISLATIVO? | 147 |
| <i>Vinícius da Costa Gomes</i> | |
| Capítulo 10 - STF E A TARIFAÇÃO DO DANO MORAL INTRODUZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA | 161 |
| <i>Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz</i> | |
| Capítulo 11 - A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO: DIREITO À MORADIA X AUTONOMIA PRIVADA | 177 |
| <i>Lucas Vinicios Cruz</i> | |
| Capítulo 12 - A GESTÃO PÚBLICA EM SAÚDE COMO BEM COMUM E DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE AS POTENCIALIDADES E OBSTÁCULOS PARA A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SUS | 189 |
| <i>Andrey da Silva Brugger</i> | |
| <i>Geovane Lopes de Oliveira</i> | |

| | |
|---|-----|
| Capítulo 13 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO AXIOMA CONSTITUCIONAL E ALICERCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 199 |
| <i>Thábata Grazielle Gomes Peixoto</i> | |
| Capítulo 14 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO SUCESSÓRIO: O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM SEDE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 209 |
| <i>Jade Karoline Rabelo Leles</i> | |
| Capítulo 15 - DIREITO À SAÚDE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL PARA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVIDADE DE SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS | 221 |
| <i>Cássia Montouto Borges</i> | |
| Capítulo 16 - DIREITO DIGITAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS | 231 |
| <i>Wagner Lucio Gomes Costa</i> | |
| <i>Eliza Rodrigues Sampaio Gomes</i> | |
| Capítulo 17 - O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM ESTUDO SOBRE A USO TERAPÊUTICO DA CANNABIS..... | 241 |
| <i>Alana Guimarães Mendes</i> | |
| Capítulo 18 - O JURADO ABSOLVE O ACUSADO? UMA ANÁLISE DA PLENITUDE DE DEFESA CONTRAPOSTA À TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA DIANTE DA DECISÃO DA ADPF 779 | 261 |
| <i>Neide Duarte</i> | |
| <i>Polianna Braga Lima Werkema</i> | |
| Capítulo 19 - HORIZONTALIDADE E A EFICÁCIA PLENA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 271 |
| <i>Diego Henrique Pereira Praça</i> | |
| <i>Lucas Martins de Araujo Campos Linhares</i> | |

| | |
|---|-----|
| Capítulo 20 - HERANÇA DIGITAL: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 283 |
|---|-----|

*Ingrid Kety de Sales Castor
Maria Eduarda de Souza Silva*

| | |
|--|-----|
| Capítulo 21 - DISCURSO E PRÁTICA COLONIAL NOS EFEITOS DE JUSTIÇAMENTO DO POVO NEGRO..... | 293 |
|--|-----|

Gilberto Silva Pereira

| | |
|--|-----|
| Capítulo 22 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA ADEQUAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 305 |
|--|-----|

*Neiva Schuvartz
Ana Flávia Machado
Amanda Luíza Souza*

| | |
|---|-----|
| Capítulo 23 - DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM HUMANITÁRIA NA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS | 319 |
|---|-----|

Caroline Ferrari Costa

| | |
|---|-----|
| Capítulo 24 - OS DIREITOS SOCIAIS E A (IM)POSSIBILIDADE DE RETROCESSO | 329 |
|---|-----|

*Ana Flávia Machado
Neiva Schuvartz
Amanda Luíza Souza*

| | |
|--|-----|
| Capítulo 25 - A DECISÃO DO STF SOBRE JUIZ DAS GARANTIAS: PRIMEIRAS VISÕES..... | 339 |
|--|-----|

Charley Teixeira Chaves

| | |
|--|-----|
| Capítulo 26 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, SEMIÓTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO NORMATIVA: PERSPECTIVAS E FUNDAMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO E DA LINGUAGEM .. | 349 |
|--|-----|

Daniely Maria dos Santos

| | |
|--|-----|
| Capítulo 27 - RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL | 357 |
| <i>Eduardo Machado Soares Capanema</i> | |
| <i>Milton Carlos Rocha Mattedi</i> | |
| | |
| Capítulo 28 - A INOBSERVÂNCIA DO VALOR DO TRABALHO MATERNO NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS AOS FILHOS: NECESSÁRIO ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO | 367 |
| <i>Sara Rutte Anacleta Lima</i> | |
| | |
| Capítulo 29 - PARECER EM AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO COM ÊNFASE NO DIREITO POSSESSÓRIO E NO DIREITO DE PROPRIEDADE | 383 |
| <i>Milton Carlos Rocha Mattedi</i> | |
| <i>Eduardo Machado Soares Capanema</i> | |
| | |
| Capítulo 30 - DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE AUTORIDADES POLÍTICAS BLOQUEAREM CIDADÃOS NAS REDES SOCIAIS | 393 |
| <i>Erik Jonathan Cunha de Lima</i> | |
| | |
| POSFÁCIO | 405 |
| <i>Ana Clara Vasques Gimenez</i> | |
| | |
| SOBRE OS ORGANIZADORES | 407 |

PREFÁCIO

A Constituição Federal de 1988, como norma suprema, lei fundamental e revestida de fundamento de validade de quaisquer outras normas, elucida, logo em seu preâmbulo, a importância dos direitos fundamentais, notadamente diante da intenção da Assembleia Constituinte de instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, o que se apresenta como pilar de compreensão da própria Carta Magna.

Nesse contexto, se afigura imprescindível para o intérprete do direito a compreensão dos direitos fundamentais, em todos os seus aspectos e vertentes, enquanto pilares da democracia e condição essencial para o Estado Democrático de Direito.

Essa foi a missão a que se dedicaram os professores Cristina Rezende Eliezer, Débora Moreira Maia Ricaldoni e Vinícius da Costa Gomes. Dotados de admiráveis currículos, reconhecidas qualificações e experiências acadêmicas, reuniram notáveis operadores do direito para uma imersão no estudo dos direitos fundamentais na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro.

O resultado não poderia ser diferente: uma contribuição realmente profunda para a compreensão da extensão e transversalidade dos direitos fundamentais sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. A obra, fruto de pesquisa e estudo minucioso dos autores, contempla questões atuais que circundam a teoria e prática dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio, cuja leitura se torna indispensável para compreensão do Estado Democrático de Direito.

Abandono afetivo, tabelamento do dano moral, universalização do direito à educação, horizontalidade e eficácia plena dos direitos fundamentais, descriminalização do uso de drogas e direito à saúde, são exemplos da extensão dos assuntos contemplados na obra, denotando o compromisso de entregar ao leitor reflexões e compreensões acerca das controvérsias marcantes e atuais envolvendo os direitos fundamentais no âmbito da sociedade brasileira contemporânea.

Ao leitor, que se sinta entusiasmado a seguir em frente na busca, que em nenhum momento se esvaziará, por um ordenamento pautado no que já elucida o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, pela efetivação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Haydée Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Juíza do Trabalho do TRT da 3^a Região

APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado das pesquisas e estudos desenvolvidos por advogados(as), docentes e discentes do curso de Direito, mestres(as), doutores(as) e por mestrando(as) e doutorando(as) de inúmeros programas acadêmicos e profissionais de todo o Brasil.

Este livro, idealizado por mim e pelos estimados colegas professores Débora Moreira Maia Ricaldoni e Vinícius da Costa Gomes, tem como finalidade precípua evidenciar, em comemoração aos 35 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esta lei que é considerada basilar e tem o *status* de “principal conjunto de normas jurídicas (escritas ou costumeiras) de um Estado de Direito”.

Eivada de aspectos políticos e jurídicos, a Carta Magna revela preceitos sociais, dita a forma de aquisição e exercício do poder, afirma os direitos e garantias fundamentais, especialmente, os da pessoa humana, além de limitar o poder estatal e disciplinar a competência dos entes. Por essa razão, e em face também da sua supremacia e fundamentalidade, torna-se ainda mais relevante a abordagem dos seus dispositivos, princípios, finalidades, métodos, limites, possibilidades e, até mesmo, contradições, considerando a influência de aspectos circunstanciais, históricos e políticos na sua sistematização.

Logo, se a Constituição firma a vinculação entre Estado e Direito, autenticando a forma jurídica, tornando-se um vetor para as normas infraconstitucionais, tudo em prol de um proclamado bem comum e em busca da consolidação da democracia, liberdade, igualdade e segurança jurídica, é importante, nesse momento comemorativo, (re)lembra e entender os processos constituintes, intrincados de lutas e de conquistas.

A estrutura da presente obra é constituída por 30 capítulos. Os autores e autoras, imbuídos do desejo de socializar as suas pesquisas, enfrentam e problematizam questões relevantes atinentes aos direitos fundamentais, trazendo propostas e apontando caminhos, a fim de compatibilizar os ideais de justiça, cidadania, democracia e dignidade humana.

Por essa razão, dissertam, nesta ordem, sobre os seguintes temas: a educação como um dever fundamental; óbices à universalização do direito à educação; litígios climáticos e a busca à proteção de direitos

fundamentais; decisões monocráticas em controle de constitucionalidade em matéria trabalhista; direitos fundamentais do trabalho: origem, evolução e flexibilização;

a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores sob a égide da guarda compartilhada; direito da personalidade e o abandono afetivo; presunção de inocência e clamor público: uma reflexão sobre a execução provisória da pena imposta pelo Tribunal do Júri; descriminalização de drogas: afinal é competência do STF ou do legislativo?; STF e a tarifação do dano moral introduzido pela reforma trabalhista; a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação: direito à moradia x autonomia privada; a gestão pública em saúde como bem comum e direito fundamental: um estudo de caso sobre as potencialidades e obstáculos para a participação cidadã no SUS; a dignidade da pessoa humana como axioma constitucional e alicerce dos direitos fundamentais; direitos fundamentais e o direito sucessório: o reconhecimento da filiação socioafetiva em sede de inventário extrajudicial como garantia dos direitos fundamentais; direito à saúde como preceito fundamental para garantia da dignidade da pessoa humana: uma análise crítica sobre a efetividade de seus princípios constitucionais; direito digital e direitos fundamentais; o direito constitucional à saúde na Constituição de 1988: um estudo sobre a uso terapêutico da *cannabis*; o jurado absolve o acusado? uma análise da plenitude de defesa contraposta à tese da legítima defesa da honra diante da decisão da ADPF 779; horizontalidade e a eficácia plena dos direitos fundamentais; herança digital: necessidade de regulamentação para preservação dos direitos fundamentais; discurso e prática colonial nos efeitos de justiçamento do povo negro; liberdade de expressão e sua adequação aos direitos fundamentais; descriminalização do uso de drogas no Brasil: necessidade de uma abordagem humanitária na política de combate às drogas; os direitos sociais e a (im)possibilidade de retrocesso; a decisão do STF sobre juiz das garantias: primeiras visões; hermenêutica constitucional, semiótica jurídica e interpretação normativa: perspectivas e fundamentos no âmbito do Direito e da linguagem; responsabilidade civil ambiental; a inobservância do valor do trabalho materno na fixação dos alimentos aos filhos: necessário enfoque constitucional da questão; parecer em ação de divórcio litigioso com ênfase no direito possessório e no direito de propriedade; da liberdade de expressão: análise da (in) constitucionalidade do ato de autoridades políticas bloquearem cidadãos nas redes sociais.

Pelo que restou acima assinalado, em se tratando de riqueza e

pluralidade de abordagens, esta coletânea, intitulada “direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro”, possibilitará aos leitores e leitoras a oportunidade de elaboração de novos diálogos, já que os textos desenvolvidos permitem a articulação de curiosidades, conhecimentos e linguagens. Espero que possam, inclusive, sentir o mesmo contentamento que a leitura do livro me provocou. Foi uma tarefa extremamente gratificante produzir esta apresentação, afinal, tive a honra de percorrer a sistematização de reflexões teóricas que impactam, diretamente, no exercício e na interpretação do Direito. Faço votos de que façam uma boa leitura!

Cristina Rezende Eliezer

Advogada, professora universitária, mestra e
doutoranda em Educação.

Capítulo 1

A EDUCAÇÃO COMO UM DEVER FUNDAMENTAL

Cristina Rezende Eliezer¹

Placídio Ferreira da Silva²

1 Introdução

Educação é um direito fundamental social, individual, difuso e coletivo. Representa, inclusive, a indivisibilidade de todos os direitos humanos, afinal, a sua concepção perpassa pela dignidade humana. Não obstante, trata-se também de um dever fundamental. Diante do seu regime jurídico plural, os interesses públicos e privados tornam-se indissociáveis.

O art. 208, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) preconiza que o direito à educação é compulsório, ou seja, existe a obrigatoriedade no que tange à educação básica. Assim sendo, os sujeitos ativos, nesta fase inicial, não possuem a faculdade de exercer esse direito. Daí, notadamente, decorrem obrigações correlatas aos considerados sujeitos passivos, que são o Estado e a família (com a colaboração da sociedade).

Muito se fala sobre a responsabilidade do Estado e, realmente, cabe a ele o dever de promoção, proteção e garantia do direito à educação (inclusive, há a competência privativa do estabelecimento de diretrizes e bases da educação nacional – art. 22, XXIV). Ademais, o § 3º do art. 208 atribui ao Estado a obrigação de “zelar junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola” (BRASIL, 1988).

Noutra margem, há que se considerar que a família também é um sujeito passivo. Embora desejáveis e imprescindíveis, as discussões

¹ Doutoranda em Educação (PUC-MG) – Bolsista CAPES. Mestra em Educação (Universidade Federal de Lavras). Especialista em Ciências Criminais (UCAM/RJ) e em Gestão de Projetos (UNIFOR/MG). Graduada em Direito (PUC-MG) e em Pedagogia (Newton Paiva). Advogada. Professora universitária. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br

² Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais. Graduado em Direito (PUC Minas). Advogado. Professor universitário. E-mail: placidiofs@gmail.com

não têm concedido o enfoque necessário à determinação legal relativa ao dever dos pais no que tange à obrigação educacional. Cabe aos pais o dever jurídico de matricular os filhos nas instituições escolares. Tal previsão é extraída da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), mais precisamente, do art. 55, que dispõe que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos da rede regular de ensino” (BRASIL, 1990). Saliente-se, inclusive, que a própria Lei nº 9.394 /96 (Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB) corrobora, literalmente, com essa disposição do ECA.

Diante desse cenário, a presente pesquisa busca estabelecer uma provocação teórica, com fulcro nos tensionamentos existentes entre o direito à educação e o dever (obrigatoriedade) da família de/em matricular os filhos nas escolas. O dever estatal não é suficiente para assegurar a efetivação do direito à educação; há um dever de solidariedade.

Assim, busca-se, nesta pesquisa bibliográfica e documental, averiguar sobre a legitimidade da exigibilidade dos deveres impostos às famílias e ao Estado com o intuito de assegurar esse direito fundamental. Quem tem o dever de educar? A família ou o Estado? Qual a função do Estado, da família e da sociedade, no que tange ao dever educacional? Para tanto, analisar-se-á o instituído pela Constituição da República de 1988, pela LDB, ECA e pelo Código Penal. O texto foi estruturado em suas seções: a) O direito fundamental à educação; b) o dever educacional.

2 O direito fundamental à educação

O direito à educação recebeu, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), um amplo e considerável tratamento. foram disciplinadas as competências atribuídas aos entes federativos e previstos os aspectos gerais acerca da base da organização educacional do país. Além disso, restaram estabelecidos os deveres estatais relativos à educação, questões sobre a prerrogativa de legislar e o percentual mínimo das verbas para o financiamento das atividades educacionais. Nessa direção, o Capítulo III, Seção I, do Título VIII, dispõe sobre a educação.

[...] o Capítulo III, Seção I do Título VIII da Constituição da República (arts. 205-214) [...] constitui a base da organização educacional do país, estabelecendo os princípios, os direitos e os deveres, as competências, a vinculação de recursos e a prioridade para sua distribuição. Entretanto, é recomendável a leitura de outros dispositivos que direta ou indiretamente regulam aspectos relacionados com o setor, como, por

exemplo, o Capítulo II do Título II, que trata dos direitos sociais, e os Capítulos II, III e IV do Título III, sobre a organização do Estado, em que se estabelecem algumas competências dos entes federados em educação, inclusive sobre a prerrogativa de legislar (SARI, 2004, p. 70-71).

Nesse sentido, é possível asseverar que os arts. 205 a 214 da Constituição estabelecem os alicerces fundamentais disciplinadores do direito à educação. Um dispositivo que merece destaque é o art. 205 da CRFB/88, principalmente, por possuir um caráter multicêntrico, indicando, sobretudo, solidariedade:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988) (grifamos)

Depreende-se, assim, que a educação é dever do Estado e da família. Logo, assevera Duarte (2007) que, de um lado, tem-se o poder público, que é o titular do dever jurídico correlato ao direito à educação; este deverá organizar-se para fornecer os serviços educacionais a todos, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição, sempre no sentido de ampliar as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente este direito. Sobre essa previsão contida no art. 205 da Constituição, Cury (2008, p. 296) assevera que:

Essa definição, bela e forte, se vê reforçada pelo artigo 6º da CF, como o primeiro dos direitos sociais. Do direito nascem prerrogativas próprias das pessoas em virtude das quais elas passam a gozar de algo que lhes pertence como tal. Estamos diante de uma proclamação legal e conceitual bastante avançada, mormente diante da dramática situação que um passado de omissão legou ao presente. Do dever, dever de Estado, nascem obrigações que devem ser respeitadas tanto da parte de quem tem a responsabilidade de efetivá-las, como os poderes constituídos, quanto da colaboração vinda da parte de outros sujeitos implicados nessas obrigações.

Mencionado art. 6º da Constituição estabelece que: “**São direitos sociais a educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifamos) (BRASIL, 1988)

A positivação da educação como sendo um direito adveio de uma sequência de lutas e conquistas. Não obstante tal imprescindível reconhecimento, é factível que aspectos como a qualidade educacional e a proteção integral não dependem, de forma exclusiva, da previsão

legal. Nessa direção, Cury (2002) ensina que a importância da lei não é identificada e reconhecida como um instrumento linear ou mecânico de concretização dos direitos sociais, pois, ela acompanha o desenvolvimento da cidadania. Logo, entende que a sua importância nasce do caráter contraditório que a acompanha, pois, nela sempre reside uma dimensão de luta. Assim, o reconhecimento legal do direito à educação torna a lei “[...] um instrumento viável de luta porque com ela podem-se criar condições mais propícias não só para a democratização da educação, mas também para a socialização de gerações mais iguais e menos injustas”. (CURY, 2002, p. 247)

A consolidação do direito educacional integra um espectro de direitos, inclusive, da cidadania³. Um dos grandes desafios é o reconhecimento da educação como um direito do cidadão e dever do Estado por uma universalidade de sujeitos. Nesse âmbito, Chauí salienta que

A prática de declarar direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, significa que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos. A declaração de direitos inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político. (1989, p. 20).

É forçoso considerar, de acordo com Cury (2002), que a educação é um direito reconhecido e que a forma de efetivar a sua garantia é por intermédio da previsão legal. Nesse ínterim, esclarece que as regras, ou seja, os contornos legais, permitem a definição dos direitos, deveres, possibilidades e limites de sua atuação. No entanto, adverte que o operacional do sentido expresso na lei entra em conflito com as variadas e, não raramente, desfavoráveis condições sociais de funcionamento da sociedade.

A educação, proclamada como direito social pelo constituinte, evoca

3 Num momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, busca novos espaços de atuação e abre novas áreas por meio das grandes transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, é importante ter o conhecimento de realidades que, no passado, significaram e, no presente, ainda significam passos relevantes no sentido da garantia de um futuro melhor para todos. O direito à educação escolar é um desses espaços que não perderam e nem perderão sua atualidade. Hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica. Afinal, a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional (CURY, 2002, p. 246).

a proteção e a promoção. A carta constitucional, conforme mencionado, prevê em seu art. 6º que a educação é o primeiro dos direitos sociais. Logo, em razão da sua imprescindibilidade para a consolidação dos direitos de cidadania, é reconhecida como direito social de natureza fundamental.

3 O dever educacional

Pedra (2016) ensina que, por um longo período, os estudos e pesquisas, de modo geral, ocuparam-se, de modo mais direcionado, dos direitos fundamentais. Logo, houve certo esquecimento das questões relacionadas aos deveres fundamentais da pessoa humana. Lembra que isso ocorreu, principalmente, em razão da influência liberal, “com o desprezo da solidariedade, bem como em razão do temor de que os deveres servissem a regimes autoritários, como forma de reação aos horrores praticados contra a humanidade.” (p. 249)

Nesse ponto, é importante compreender as especificidades do termo solidariedade,

[...] advindo etimologicamente do latim “solidarium” o que significa “sólido”, “solidificar”, “confirmar”. A origem é a mesma do adjetivo “sólido”, significando “que tem consistência”, é compacto. Solidariedade é termo que nos remete de forma interessante, aos mais remotos tempos da humanidade em que a solidariedade já se fazia presente nas grandes tragédias, em que as pessoas de uma comunidade, se ajudavam mutuamente quando necessário, e até mesmo quando fosse necessário, na defesa dos Estados primitivos. Exprimindo dessa maneira o sentimento das pessoas em relação à comunidade a qual pertencia. Refere a sentimento de unidade (como coesão) e de auxílio ao próximo. Nos tempos modernos a solidariedade aparece novamente durante a revolução francesa através do termo fraternidade, na trilogia liberdade, igualdade e fraternidade, ideal republicano revolucionário e libertário francês. A fraternidade como se entendido como solidariedade ou ao menos como um termo iniciador, tem sido igualmente aos deveres fundamentais, sido colocado de lado, estando sempre à sombra da liberdade e da igualdade, estes tão bem descritos e tão bem dissecados em toda doutrina jurídica, o que não ocorre com a solidariedade que permanece esquecida, ou pouco explicitada pela doutrina, apesar de ser bem falada e utilizada nos discursos teóricos. (ABIKAIR FILHO; FABRIZ, 2014, p. 4).

Nesse contexto, de forma recíproca, temos direitos e deveres. Extrai-se, assim, a ideia de solidariedade. Pedra (2016), explicando essa dialógia, esclarece que há uma “solidariedade normativa, que decorre do ordenamento jurídico, e não necessariamente do altruísmo de cada um”

(p. 251). Esclarece o mesmo autor que a Carta Constituinte elenca como objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). É nesse espectro que “as pessoas devem ser solidárias, e não solitárias, porque, além da atuação estatal, são necessárias condutas positivas e negativas dos indivíduos para a efetivação de direitos fundamentais.” (p. 251). Complementando, Abreu e Fabriz (2014, p. 2) pontuam que “o fundamento para a existência dos deveres fundamentais é a solidariedade.”

Outra definição que merece destaque é a palavra “dever”. Abikair Filho e Fabriz (2013) aduzem que se trata de conceito muito aberto. “Em termos semânticos, podemos ter, com mais frequente referência, que devemos fazer sempre o mais apropriado e que se aproxime de uma certeza do que seja o certo.” Para além disso, ainda existe “uma segunda colocação remetida a algo que permite ser usado para justificar uma decisão moral e um terceiro conceito relativo à fórmula de viver de acordo com o que devemos fazer e requer apenas que não façamos nada de errado.” (p. 4).

Apesar de a educação ter sido assegurada, amplamente, especialmente, pelo legislador constituinte, muito tem se debatido a respeito do direito à educação, porém, a questão alusiva ao dever educacional ainda é muito pouco evidenciada nas pesquisas e discussões. Não obstante, é necessário considerar que os direitos e deveres fundamentais são indissociáveis. Nesse sentido,

a doutrina constitucionalista evidencia desproporcional concentração de energia à seara dos direitos fundamentais, esquecendo-se, entretanto, que entre direitos e deveres fundamentais existe uma dialogia inafastável. Tal constatação se evidencia, também, no ordenamento jurídico brasileiro, eis que a expressão “deveres fundamentais” sequer foi cunhada no texto constitucional de 1988, apesar da reiterada utilização do termo “direitos fundamentais”. [...] Os direitos fundamentais não podem ser interpretados como um “cheque em branco”, um rol de garantias isoladas. **Chegaríamos ao caos social se o ordenamento constitucional trouxesse, tão somente, previsões normativas atinentes aos direitos fundamentais, sem a contraprestação consubstanciada nos respectivos deveres fundamentais.** (SILVA; PEDRA, 2016, p. 277) (grifamos)

Nessa perspectiva, constatamos que, apesar de a expressão “deveres fundamentais” não ter sido evidenciada na redação da Constituição de 1988, o que aconteceu de forma contrária com a expressão “direitos fundamentais”, que foi bastante contemplada, estes últimos não podem ser interpretados como um rol de garantias isoladas; há uma imprescindibilidade

de contraprestação. “A questão dos deveres fundamentais fica relegada a último plano de discussão. Entretanto, direitos e deveres são as duas faces da mesma moeda, coexistindo simbioticamente: não há direito sem dever e tampouco dever sem direito.” (ABREU, 2013, p. 585)

Corroborando com essas assertivas, Abikair Filho e Fabriz (2013) esclarecem que, ainda que os deveres estejam em uma simbiose de relação e interrelação com as obrigações, eles aparecem de forma diminuta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no âmbito constitucional. Explicam que, determinar a existência de um dever, no cenário de um conceito jurídico, não é uma tarefa fácil, afinal, os deveres se apresentam como uma categoria jurídica autônoma. Portanto, é possível constatar “que um dever, seja dentro da juridicidade, tudo aquilo que a lei positivada obriga a fazer, ou seja, há uma regra deônica, para que assim possa surgir, em contrapartida, o direito a que se relaciona a obrigação.” (p. 4-5). Enfatizam ainda que é quase impossível “realizarmos uma pesquisa sobre deveres fundamentais existentes constitucionalmente, sem estabelecermos uma relação com os já conhecidos e teoricamente bem dissecados direitos fundamentais”. (p. 5)

Para conceituar os deveres fundamentais, apoiamo-nos em Nabais, uma referência internacional em estudos sobre o tema:

[...] Por outro lado, os **deveres fundamentais**, ao contrário do que o seu esquecimento ou fraco tratamento constitucional parecem sugerir, não são, nem um aspecto – o aspecto dos limites – dos direitos fundamentais, nem um aspecto – o aspecto dos reflexos individuais – dos poderes estaduais, mas sim uma **categoria constitucional própria colocada ao lado da dos direitos fundamentais** [...]. (NABAIS, 2007, p. 220) (grifamos).

Nessa direção, podemos considerar que, apesar do inexistente ou insuficiente tratamento constitucional, os deveres fundamentais possuem uma categoria própria, com *status* nem superior e nem inferior ao atribuído aos direitos fundamentais, mas de igual hierarquia, valor e peso.

Complementando esse raciocínio, Nabais (2007) assevera que os deveres fundamentais são “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por essa ser exigidos”. Logo, integram uma ideia decomposta com fulcro “num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais”, além de nos apresentar “os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais [...]”. (NABAIS, 2007,

p. 251-252).

No que tange ao direito-dever educacional, a Constituição Federal de 1988 preconiza que a educação se configura como um direito de todos e um dever do Estado e da família, a ser exercida em parceria com a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Nota-se que há uma responsabilidade tríplice e compartilhada, que demanda um esforço cooperativo, resultado de uma ação tríade. Apesar da previsão constitucional, Bobbio (1992) afirma que nem sempre é possível realizar tudo aquilo que é desejável ou é perseguido, pois “são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los.” (p. 44-45)

Nessa direção, apenas a previsão e atuação estatal não são suficientes, logo,

não se pode olvidar que a satisfação das necessidades essenciais das pessoas depende de atuações de outras pessoas (físicas ou jurídicas), além da atuação do próprio Estado. O direito à educação de uma criança, por exemplo, só será plenamente atendido com o cumprimento do dever dos pais ou responsáveis para com a educação desta, o que se dará com atuações como a realização da matrícula na escola, o acompanhamento da frequência e do rendimento escolar, dentre outras. Não basta que o Estado proporcione escolas, professores, livros, cadernos, transporte e merenda, por exemplo; é preciso que a família participe efetivamente da educação da criança. O mesmo se dá com o direito à saúde e o combate à dengue, que depende da participação de todos para que não se formem criadouros de mosquitos que possam transmitir essa doença. A exclusiva atuação estatal é, também aqui, insuficiente para acabar com a doença. Assim, os deveres fundamentais possuem o importante papel de proteger e promover direitos fundamentais; alguns destes dependem daqueles diretamente (v.g. dever de educar os filhos) enquanto outros dependem indiretamente (v.g. dever de pagar tributos). (PEDRA, 2015, p. 1135) (grifamos).

Observamos que existem atividades essenciais que, para a sua efetividade, demandam um esforço solidário, ou seja, uma cooperação que vai além do proposto pelo direito positivo (leis) e pela prestação estatal (deveres prestacionais). No caso do direito à educação, não basta que o Estado disponibilize escolas, professores, materiais, merenda, etc. A família deve assumir, também, a responsabilidade na educação dos seus filhos e filhas. Assim sendo, os deveres fundamentais assumem o papel

de promoção e proteção dos direitos fundamentais, já que alguns deles dependem, de forma direta, daqueles, o que acontece no caso do “dever de educar os filhos”.

É nesse cenário que surge a necessidade de problematizar aspectos que vão além da responsabilidade estatal do dever de educar, previsto, principalmente, no art. 208 da CRFB/88, que determina, no seu inciso I:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...] (BRASIL, 1988).⁴

Isto posto, se, por um lado, o Estado deve garantir a oferta da educação na faixa etária prevista na legislação, por outro, cumpre aos pais a obrigação de matricular os filhos. Está previsto no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90: “Art. 55. Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.”⁵ (BRASIL, 1990)

Esse mesmo diploma legal ainda preconiza que: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990)

Nessa perspectiva, os pais têm o dever de prover a educação dos seus filhos menores, inclusive, precisam, na defesa do melhor interesse da sua prole, fazer valer as determinações legais. Logo, intrínseca a esse dever está a obrigação de cumprir as imposições jurídicas.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9394/96, em seu art. 6º, estabelece que: “Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.”⁶ (BRASIL, 1996)

Por todo o exposto e com fulcro na interpretação sistemática desses dispositivos (art. 55 do ECA e art. 6º da LBD) normativos, somada à imposição de cumprimento da lei, prevista pelo art. 22 do ECA, desemboca-

4 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

5 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. . Acesso em: 16 set. 2023.

6 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

se na conclusão de que um dos precípuos deveres dos pais em relação à educação é o de proceder à matrícula dos filhos na rede regular de ensino (pública ou privada⁷); sendo a escola pública, cabe ao Estado fornecê-la. Logo, a matrícula não se trata de uma faculdade, mas de uma imposição, no que concerne ao interstício previsto em lei. A fim de realizar essa tarefa complexa e solidária, há uma necessidade de colaboração da sociedade que, embora não seja contemplada, diretamente, por essas atribuições legais, integra a tríade prevista no já citado art. 205 da CRFB/88.

4 Considerações finais

A reflexão, proposta nesse capítulo, buscou analisar o dever educacional, considerando as obrigações do Estado e da família (e a colaboração da sociedade). Verificou-se que ambas as instituições possuem deveres, impostos pela norma constitucional e pelas determinações infraconstitucionais (e não só direitos fundamentais). Constatou-se que a própria Carta Constitucional não dedicou o mesmo tratamento concedido aos direitos fundamentais aos deveres fundamentais. No entanto, observou-se que os direitos e deveres coexistem simbioticamente.

Para ancorar essa discussão, concluímos que existem atividades essenciais que demandam um esforço solidário, a fim de alcançarem efetivação prática. Apenas a positivação também não é suficiente. É necessária uma cooperação que vai além do dever prestacional, atribuído ao Estado. No caso do direito à educação, não basta que o Estado forneça todo o aparato necessário, tal como escolas, docentes, merenda, etc. A família deve assumir, também, a responsabilidade na educação da sua prole. Nessa direção, os deveres fundamentais têm a incumbência de promoção e proteção dos direitos fundamentais, afinal, alguns deles dependem, de forma direta, daqueles, o que ocorre no caso do “dever de educar os filhos”.

Como vimos, o direito à educação é compulsório, ou seja, há a obrigatoriedade no que tange à educação básica. Nesse cenário, na fase inicial, não há a faculdade para se exercer esse direito, o que culmina em obrigações correlatas aos considerados sujeitos passivos desse direito (Estado e família). Ao lado do Estado e família, há a sociedade, que deverá colaborar para o exercício e concretização desse direito tão importante. Logo, estamos diante de uma responsabilidade tríplice.

⁷ No art. 206, III, da CRFB/88 há menção à “coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

Do ponto de vista jurídico, temos o poder público, que é o titular do dever jurídico correlato ao direito à educação, sendo que este deverá se organizar para fornecer os serviços educacionais, sempre buscando a ampliação do acesso e uma oferta justa e igualitária e, noutra margem, se encontram as famílias, que possuem, dentre outras atribuições, a imposição legal de matricularem os seus filhos na escola, na faixa etária determinada pela lei.

Referências

ABIKAIR FILHO, Jorge; Daury César, FABRIZ. **Dever fundamental, solidariedade e comunitarismo.** Disponível em: www.derechoycambiosocial.com. Acesso em: 15 set. 2023.

ABIKAIR FILHO, Jorge; Daury César, FABRIZ. **A teoria geral da prestação do dever fundamental, sob a ótica de Lévinas.** Disponível em: www.derechoycambiosocial.com. Acesso em: 15 set. 2023.

ABREU, Ivy de Souza. O dever fundamental de recuperação, manutenção e proteção das matas ciliares e das nascentes: uma análise do Código Florestal brasileiro à luz do princípio da proibição do retrocesso. **EJL**, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 583-596, jul./dez. 2013.

ABREU, Ivy de Souza; FABRIZ, Daury César. **O dever fundamental de proteção do meio ambiente e seu fundamento na solidariedade:** uma análise à luz do holismo ambiental. Disponível em: www.derechoycambiosocial.com. Acesso em: 15 set. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 04 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 09 ago. 2023.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, jul/2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>. Acesso em: 27 abril 2019.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. **Cadernos de Pesquisa**, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/QBBB9RrmKBx7MngxzBfWgcF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2023.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Disponível em: www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100. Acesso em: 28 jun. 2022.

NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade:** estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana. In: GALLUPO, Marcelo et al. (Org.). **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais. In: **Direitos e garantias fundamentais II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 15 set. 2023.

SARI, Marisa Tim. **A organização da educação nacional**. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ricardo Murilo da Silva; MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira. *Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas*. **Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, vol. 04, Jan-Dez/2020. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30500/20530>. Acesso em: 30 jun. 2022.

Capítulo 2

ÓBICES À UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Liciâne Faria Traverso Gonçalves¹

João Luiz Traverso Gonçalves²

1 Introdução

Ao se falar de direitos fundamentais no Brasil, impõe-se, preliminarmente, observar que eles dizem respeito aos direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, a balizar a vida das pessoas, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88). Lastreiam-se nos princípios dos direitos humanos, “garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, conforme o art. 5º, *caput*, da Carta Política. Também asseguram, de acordo com o art. 6º, outros direitos: “A educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

1 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA/UFCG). Mestre em Direito Empresarial (FDMC). Especialista em Direito Ambiental e com Curso de Aperfeiçoamento em Direito Urbanístico (PUC-MG). Licenciada na Língua Inglesa (UFMG). Advogada (bacharel pela FUMEC). Professora de graduação e pós-graduação em Direito desde 2002. Professora efetiva de Inglês do Estado de Minas Gerais. Perita Ambiental Judicial. Professora da Academia da PMMG na Escola de Formação de Soldados (2016). Professora do Curso de Formação de Agente Penitenciário de Minas Gerais (2014). Certificado de Professor Destaque do UNIVERSO - Centro Universo de Belo Horizonte (2022). Láurea de Agradecimento pela contribuição com a classe dos advogados nos 90 anos de história da OAB-MG (2022). Troféu IESLA de Produção Acadêmico-Científica pela organização editorial e coautoria de artigos da obra “Não Aguento mais! Análises jurídicas e transdisciplinares do autoextermínio” (2018). Menção Honrosa - Prêmio Esdras Borges da Faculdade de Direito da FGV/SP (2015). Coorganizadora e coautora de artigo do livro “Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente” (2021). Organizadora e coautora de artigos do livro “As faces da violência: do indivíduo ao Estado” (2019). Autora do livro “Mobilidade Urbana e Qualidade de Vida no Estado Democrático de Direito” (2018). Palestrante e publicista. licianeadv@gmail.com

2 Mestre em Organização Humana do Espaço (UFMG). Especialista em Metodologia do Ensino Superior (FAFI-BH). Bacharel em Comunicação Social com habilitações em Jornalismo, Relações Públicas, Publicidade e Propaganda, Cinema, Teatro, Telerradiodifusão e Editoração (UFMG). Bacharel em Administração (UNA). Licenciado em Geografia (UFMG). Advogado (bacharel pela FDMC). Jornalista e professor universitário de graduação e pós-graduação aposentado. Juiz Classista do Trabalho na 23ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (1993-1995). Palestrante e publicista. jltg47@gmail.com

à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". Vê-se que o constituinte, não obstante a Emenda Constitucional 90/2015 ter inserido o transporte no rol dos direitos sociais, procurou positivar direitos que guardassem relação direta com as necessidades básicas da população, dentre eles, à educação. Cediço tratar-se de área essencial para o pulsar de qualquer país.

Em uma nação como o Brasil, com população superior a 207 milhões de habitantes (IBGE, Censo Demográfico, 2022), irregularmente distribuída por um território de dimensões continentais e em que se verificam acentuadas desigualdades regionais, tanto econômicas quanto sociais, torna-se indispensável emprestar saliência à educação para o porvir. A assertiva se deve ao fato de a educação se apresentar, segundo o senso comum, a principal via a ser percorrida para que se alcance o tão sonhado estágio de desenvolvimento.

No entanto, e apesar da indiscutível importância da educação, o Brasil enfrenta, há anos, uma gama de dificuldades a frustrar o deslanche do setor, a principal delas, está em um dos efeitos negativos do presidencialismo de coalizão: O autêntico “toma lá, dá cá” para que o Executivo aprove seus pleitos no Legislativo, com a drenagem de recursos da União, quadro agravado pelo crescente déficit fiscal. Os dispositivos constitucionais a assegurar direitos fundamentais e sociais perdem-se nesse cipoal de verdadeiros desatinos. Há que fazer, *in casu*, referência às emendas parlamentares³ que, na avaliação de estudiosos do setor público, ou se afiguram meramente eleitoreiras, de retorno social discutível, a municiar as bases de deputados e senadores, ou se destinam a beneficiar apaniguados, podendo ferir, conforme a circunstância, os princípios da administração pública da moralidade, impessoalidade, legalidade, finalidade e interesse público. Uma realidade reproduzida nos Estados e Municípios, em desfavor

3 Emendas parlamentares são alterações no orçamento federal feitas por deputados e senadores. Com isso, eles alocam recursos de acordo com as suas pautas nos Estados e Municípios de origem. O mecanismo político visa descentralizar e democratizar o Orçamento. Com as emendas, o Legislativo direciona parte da verba executada pelos ministérios e pelos órgãos e entidades vinculados às pastas. Na prática, são usadas como moedas de troca entre governo e parlamentares para apoio nas votações no Congresso, já que o Executivo define o ritmo da liberação dos recursos. Há quatro tipos de emendas: a) individuais, que são apresentadas por qualquer parlamentar, sendo que a metade dos recursos é obrigatoriamente destinada à saúde, com pagamento obrigatório desde 2015; b) de bancadas (estaduais), conforme a proporção dos seus assentos no Congresso; tonaram-se impositivas desde 2019; c) de comissões, que são apresentadas por comissões técnicas e Mesas Diretoras da Câmara e do Senado, mas não são de execução obrigatória; d) de relator, apresentada pelo parlamentar relator do Orçamento da União. Por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), seu uso foi considerado inconstitucional, pela falta de transparência no mecanismo de destinação dos recursos.

de políticas públicas voltadas para o atendimento do interesse público, que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 59), é o “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”.

Bandeira de Mello preleciona complementarmente que o interesse público, contraposto ao interesse privado, não se confunde, todavia, com a soma dos interesses individuais. O eminente administrativista recomenda cuidados para que se evite o risco de se acentuar “um falso antagonismo entre o interesse da parte e o interesse do todo, a propiciar a errônea suposição de que se trata de um interesse autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo”. Bandeira de Melo (*idem, ibidem*) acrescenta que o interesse público não é senão “a dimensão pública dos interesses individuais”.

2 Do direito fundamental social à educação

Nos últimos anos, diversos estudos demonstram as fragilidades do setor educacional brasileiro e indicam onde e como investir para resolver os seus problemas. Os pesquisadores também apontam exemplos de países como Cingapura e Coreia do Sul, que investiram maciçamente em educação desde as primeiras décadas da segunda metade do século XX, obtendo resultados altamente satisfatórios. Hoje, as duas nações registram reconhecidos avanços socioeconômicos.

Nessa direção de priorizar a educação, não seria demais idealizar para o Brasil um programa inovador de educação que beneficie todos os estratos sociais e a diversidade de estudantes, em uma ação efetivamente inclusiva. Mais, ainda: Que contribua para que o País trilhe uma rota distinta da percorrida em períodos em que a economia nacional cresceu a taxas consideráveis, como em fins dos anos 1960 e durante parte da década de 1970, sem que, entretanto, se alcançassem a desejada distribuição de renda e os almejados saltos sociais. Seria, na essência, seguir à risca o que preceituam a CF/88 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 (LDB/96), focando em um sistema de ensino de qualidade, eficiente e eficaz, atrativo, prazeroso e democrático, moldado em bases republicanas. Da pré-escola ao ensino superior. Como parte considerável dos estudantes do País se encontra no ensino fundamental e no ensino médio, em que há prevalência de crianças e adolescentes, a CF/88 e a LDB/96 contam, ainda que subsidiariamente, com a força normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA/90), que, no *caput* do art. 3º, dispõe “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa

humana...”. Um quadro sugestivamente alvissareiro. Contudo, há amarras e desvios no caminho de uma sonhada educação universal e de qualidade, em decorrência, dentre outros fatores, como já salientado, dos malefícios do presidencialismo de coalizão.

Para que ocorra o pretendido avanço no setor educacional, é essencial que a nação se conscientize – mais do que isso –, se engaje na transformação da educação em prioridade de todos. Isso inclui a participação direta e republicana das forças políticas, a começar dos parlamentares, nas casas legislativas. Considere-se, é oportuno lembrar, que tal desiderato não ilide os demais deveres constitucionais de natureza social, insertos no rol dos direitos e garantias fundamentais, bem assim os derivados de outros mandamentos expressos na Carta Maior. Porém, o que se apresenta indispensável, urgente e estratégico para a vida nacional é assegurar a todos os brasileiros a oferta e o acesso à educação de qualidade. Passo que tanto contribua para a formação de cidadãos quanto permita que eles reúnam condições de se apresentar nas cenas local, nacional e internacional, sem as limitações decorrentes de um ensino deficiente. E, neste ponto, não se deseja discutir se o País estaria realizando esforço para atender apenas aos reclamos de uma economia globalizada e de um sistema neoliberal. Mas, aceitável depreender-se que o objetivo do novo sistema educacional seria garantir ao cidadão brasileiro, em uma ação pragmática, formação para que venha a se inserir em um mundo a cada dia mais exigente em termos de qualificação, com habilidades e competências conforme o estado da arte. Impossível deixar de acompanhar como as nações, isoladas ou em blocos, se preparam e se movimentam mediante a globalização.

Dessa forma, deseja-se, a partir de preparo adequado para atividades laborais, a obtenção de maiores e melhores possibilidades de acesso do brasileiro aos mercados formal e informal de trabalho, inclusive como empreendedor, visando, enfim, à elevação do seu nível de empregabilidade, assim como salarial e de renda. Como consequência, e com provável ganho maior, que ele possa melhorar a qualidade de vida. Espera-se que um arcabouço com tais características, de viés republicano, produza resultados com efeitos *erga omnes*. Afinal, na era em que as atividades produtivas buscam, incessantemente, desenvolver-se no plano tecnológico, inclusive com iniciativas voltadas para o emprego da Inteligência Artificial (IA) a partir do chão de fábrica, passando também pelas atividades rurais e dos setores de comércio e de serviços, não se pode aceitar que a educação permaneça relegada a um plano inferior.

Independente das questões históricas, coloniais e da formação da

nação brasileira, é preocupante que, hoje, o Estado (entes federativos, nos três níveis, e o Distrito Federal) disponha, apenas, do percentual orçamentário constitucional para atender a tantas, diversificadas e a cada dia mais desafiadoras demandas da educação⁴. Uma limitação de recursos que se soma às carências orçamentárias de outras áreas dos direitos sociais e que também se encontram com acentuadas dificuldades para o financiamento de suas operações, como as da alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados. A exceção seria a da saúde, que dispõe de transferências orçamentárias legais e dotações oriundas de emendas específicas ou percentuais delas. Contudo, também falta dinheiro na saúde para, *exempli gratia*, acabar com a fila para milhares de cirurgias eletivas e ampliar e melhorar o atendimento primário em diversas localidades. Numa perspectiva sistêmica, os direitos sociais referem-se a setores que devem atuar sinergicamente; na realidade, sabe-se que, quando um ou mais deles apresentam carências, afetam os demais, vulnerando o seu desempenho. A educação, ao lado da saúde, é um dos campos que mais sentem os efeitos da baixa concretização de outros direitos sociais.

Nestas reflexões, levando-se em conta que o objetivo é analisar os motivos da limitação de recursos públicos para a educação e os efeitos da falta de um programa nacional que incremente o setor, não haveria sentido debater sobre a delicada questão da eficácia dos direitos fundamentais. Tampouco, discutir sobre a existência ou não de direito absoluto, obrigatório. Estabeleceu-se, por economia – ainda que se reconheça a precariedade de tal limitação –, proceder-se somente a um registro da matéria. Recorrendo-se ao constitucionalista Kildare Carvalho (CARVALHO, 2008, pp. 686-687), anote-se: “Não existe direito absoluto, entendido como direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados”. CARVALHO (*id., ibid.*) sustenta mais a respeito:

Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos decorrentes da necessidade de sua conciliação, com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do

4 O art. 212, *caput*, da CF/88 determina, com caráter de obrigatoriedade, que a União aplique, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, excluindo-se a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios (art. 212, parágrafo 1º).

Estado, etc., resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função de valores aceitos pela sociedade.

Ao dissertar sobre o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais, desde Antiguidade grega e romana, Carvalho (*id.*, pp. 670-671) lembra que surgiu na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 16 expressava que “toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição”. Ele explica que “verifica-se aí uma íntima conexão entre os direitos fundamentais e o princípio da separação de Poderes, e o caráter de universalidade e permanência dos direitos naturais”. E aponta a diretriz básica a que se deve estar atento: “Todos os homens nascem livres e iguais em direitos”. No Brasil atual, há dificuldades de caráter operacional (talvez, em alguns aspectos e situações, até mesmo institucional) a comprometer a separação de Poderes no que tange aos limites de atuação de cada um deles, com prejuízos à realização de políticas públicas. Em anos recentes, o Judiciário se ocupou de algumas matérias, que, originalmente, seriam do Legislativo e do Executivo, por entender que houve omissões de ambos. A evitar esses “embates”, propugne-se pela adoção de políticas de Estado, que não se atrelariam a diretrizes e intenções de um governo ou a interesses partidários ou de um ou de outro legislador; sobrepor-se-iam a eles, em qualquer época e circunstância. À educação destinar-se-ia uma dessas políticas.

Na Carta brasileira de 1988, o *caput* do art. 5º dispõe, como observado no primeiro parágrafo da introdução destas reflexões: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Tem-se, pois, pela norma constitucional, dentre outros, o direcionamento fundamental da igualdade frisada por Carvalho. Valendo-se das observações de Vander Ferreira de Andrade, com base nos ensinamentos de Celso Lafer, *apud* Hanna Arendt, *in* (Re)pensando o direito (LAFER, 2010, p. 324), registre-se: “O primeiro direito humano é o direito a ter direitos”. Nada mais dogmático, definitivo. Todavia, a igualdade em direitos, incluindo “o direito a ter direitos”, naufraga sob o peso das injunções políticas das disputas entre Executivo e Legislativo, já que não existem recursos materiais/orçamentários suficientes para concretizar diversos direitos constitucionais de forma plena, como o da educação. Quadro lamentável, mais ainda pela disposição constitucional de a educação básica ser obrigatória e gratuita para crianças e adolescentes, dos 4 aos 17 anos (art. 208, inciso I, da CF/88 – EC 59/2009, que estende o direito ... “a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”). O que implica a necessidade de mais recursos

públicos para atender àqueles que chegam à escola ou a ela retornam.

No âmbito estrito da educação, considere-se que todo o conjunto de regras e ditames a animar o setor deverá se apresentar em harmonia com a cultura, os costumes e a realidade das cenas local, regional e nacional, assim como com as necessidades que afluem da seara internacional, mais diversa e exigente por aspectos múltiplos. Não há como isolar uma nação da realidade mundial. Há que ter, contudo, cuidado no que se poderia chamar de pragmática adaptação, preservando raízes, traços e vontades originários, providência capaz de evitar rupturas que, eventualmente, possam comprometer a práxis educativa. Também há que observar a devida atenção para que o caminho a se percorrer não comprometa a dignidade do educando.

É desse tipo de concretização de direito que o País reclama na educação. Não de uma escola descolada da realidade, mas que complemente ou até mesmo supra deficiências cognitivas e, por que não, em muitos casos, afetivas do aluno, devendo trabalhá-las, de forma a identificar, desenvolver e lapidar habilidades e competências, conferindo a elas valores muitas vezes esquecidos e/ou desprezados. Consigne-se que não se trata de uma escola em que prevaleça a anomia; ao contrário, deseja-se uma escola em que as normas erijam de comportamentos urbanos reconhecidos e assumidos por todos, pela comunidade escolar, que se estende aos grupos familiares. Almeja-se, por assim dizer, uma escola em que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o seu esteio, o seu norte. E isso terá que ser desenvolvido com os alunos, com os professores, com todos os demais agentes presentes nesse ambiente privilegiado, próprio para formar cidadãos e consolidar o seu caráter, com habilidades e competências tanto comuns quanto diversas, conforme as opções curriculares que devem ser dadas a todos, de modo especial no ensino médio. Aliás, o novo modelo de ensino médio, implantado há dois anos, vive uma crise, exigindo sua reestruturação, por se mostrar inexequível (Proposta nesse sentido seria encaminhada pelo Ministério da Educação ao Congresso ainda em 2023, segundo se aventava, no início de agosto, no retorno das casas legislativas do recesso de meio de ano).

Acrescente-se que o direito fundamental social à educação não se circunscreve apenas a aceder a escola a todos, indistintamente. Isso é só parte, embora primordial, pelo caráter de universalidade, do que deve ser garantido, consoante a faixa etária em que cada educando se encontra, sua condição socioeconômica e situação pessoal. O que se defende é que *this right* seja conferido em moldes mais adequados ao perfil ou aos perfis dos

brasileiros, às necessidades de cada um, de maneira isonômica, conferindo oportunidades iguais a todos. Almeja-se que a escola de qualidade chegue a qualquer localidade do País, provavelmente o grande repto a ser superado pelo Brasil neste século.

Concorrendo para pensamento mais largo sobre a educação, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes (MORAES, 2008, pp. 815-816), *apud* Celso de Melo (à época, decano da Corte)⁵, salientou:

O conceito de educação é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta:

- a) qualificar o educando para o trabalho;
- b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

Moraes lembrou que “o texto constitucional, além de proclamar a universalidade do direito à educação, consagra a opção pelo ensino fundamental, que deverá ser obrigatório e gratuito”. Ainda baseando-se no voto do relator Celso de Melo, Andrade reproduziu:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

E dispôs, concluindo, o então decano do STF (*id., ibid.*), conforme aduziu Moraes:

Os Municípios não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da CF, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

O entendimento de Celso de Melo sobre o direito à educação, externado por Alexandre de Moraes (*id., ibid.*), assenta-se nos princípios constitucionais do ensino, elencados pelo autor com base no que dispõe o art. 206 da CF/88:

- a) Igualdade de condições para acesso e permanência na escola;

5 (STF, 2ª T – AgI nº 596.927-6/SP Rel. Min. Celso de Melo, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 fev. 2007, p. 31).

- b) Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, sendo que a liberdade de cátedra é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente;
- c) Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. A CF proclama a liberdade de ensino à iniciativa privada, desde que observe as normas gerais de educação nacional. Conforme decidiu o STF, “os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização”;
- d) Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- e) Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas, com piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

Princípios que direcionam a uma escola democrática, inclusiva, igualitária, alicerçada em padrões de ensino de qualidade, plural nas ideias, de ensino gratuito quando ofertado pelo Estado, e com a valorização dos profissionais que atuam na área, inclusive no aspecto remuneratório. Este ponto vem enfrentando entraves em algumas unidades da Federação, que não pagam o piso nacional sob a alegação de “limitações orçamentárias” decorrentes do desequilíbrio fiscal, que, em alguns casos, teria se acentuado nas primeiras décadas deste século. Novamente fala-se da escassez de recursos para manutenção da educação em bom nível.

Paralelamente ao aspecto financeiro, da obtenção de meios para a oferta de educação de qualidade, uma preocupação de ordem prática, no que se refere à garantia de aplicação dos direitos sociais, aflora do que ministram eminentes mestres do Direito. Carvalho (*id.*, pp. 794-795) diz que, “declarados na CF/88, os direitos sociais, para se tornarem operativos e efetivos, dependem de prestações positivas do Estado. Em sua maioria, vêm enumerados em normas constitucionais não autoaplicáveis”. Carvalho (*id., ibid.*) lembra o que o professor Afonso Arinos salientou no discurso que fez quando da promulgação da Carta de 1988, citado por Paulo Bonavides e Paes de Andrade (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 927):

O direito, nas novas Constituições, parece evoluir em conjunto, para tornar-se mais um corpo de normas teóricas e finalísticas, e cada vez menos um sistema legal vigente e aplicável. Por outras palavras: nunca

existiu distância maior entre a letra dos textos constitucionais e sua aplicação. Hoje poderíamos juntar algo mais grave, que é o seguinte: a aplicabilidade dos textos depende da sua aplicação. Esta situação anômala manifesta-se fortemente no texto de 1988, confirmando-se aqui aquilo que Oliveira Viana chamou de “idealismo constitucional”. A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições Contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulada nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento, e, particularmente, no Brasil, torna-se extremamente duvidosa – para usarmos uma expressão branda –, quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos como este que estamos, hoje, comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia – eis a situação.

Daí a importância de um trabalho de engajamento de toda a sociedade para a efetivação do direito à educação, a uma escola de qualidade. Sem o concurso de todos, indistintamente, não só não se disporá dos recursos necessários a uma educação formadora, em moldes agradáveis, prazerosos, preparando as pessoas para os reclamos e necessidades da vida, como também não se obterá, na vertente constitucional, a concretização de uma norma com efeito *erga omnes*.

Retomando-se a discussão sobre a educação que se almeja para o País, contemple-se a lição de Carlos Drummond de Andrade (1902-1987), da escola ideal, da escola dos sonhos:

Para Sara, Raquel, Lia e para todas as crianças.

Eu queria uma escola que cultivasse
a curiosidade de aprender
que é em vocês natural.

Eu queria uma escola que educasse
seu corpo e seus movimentos:
que possibilitasse seu crescimento
físico e sadio. Normal.

Eu queria uma escola que lhes
ensinasse tudo sobre a natureza,
o ar, a matéria, as plantas, os animais,

seu próprio corpo. Deus.

Mas que ensinasse primeiro pela observação, pela descoberta, pela experimentação.

E que dessas coisas lhes ensinasse não só o conhecer, como também a aceitar, a amar e preservar.

Eu queria uma escola que lhes ensinasse tudo sobre a nossa história e a nossa terra de uma maneira viva e atraente.

Eu queria uma escola que lhes ensinasse a usarem bem a nossa língua, a pensarem e a se expressarem com clareza.

Eu queria uma escola que lhes ensinasse a pensar, a raciocinar, a procurar soluções.

Eu queria uma escola que desde cedo usasse materiais concretos para que vocês pudessem ir formando corretamente os conceitos matemáticos, os conceitos de números, as operações... pedrinhas... só porcariinhos!... fazendo vocês aprenderem brincando...

Oh! meu Deus!

Deus que livre vocês de uma escola em que tenham que copiar pontos.

Deus que livre vocês de decorar sem entender, nomes, datas, fatos...

Deus que livre vocês de aceitarem conhecimentos prontos,

mediocrementem embalados
nos livros didáticos descartáveis.
Deus que livre vocês de ficarem
passivos, ouvindo e repetindo,
repetindo, repetindo...
Eu também queria uma escola
que ensinasse a conviver, a
cooperar,
a respeitar, a esperar, a saber viver
em comunidade, em união.
Que vocês aprendessem
a transformar e criar.
Que lhes desse múltiplos meios de
vocês expressarem cada
sentimento,
cada drama, cada emoção.
Ah! E antes que eu me esqueça:
Deus que livre vocês
de um professor incompetente.

Fonte: Disponível em: <http://www.bancodeescola.com/andrade.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2023.

O poema de Drummond, do século passado, poderia ter sido escrito nos dias atuais. Contém ensinamentos úteis, tanto por guardarem importantes reflexões sobre aspectos pedagógicos de uma escola eficaz, atraente, prazerosa, democrática, inclusiva, quanto por demonstrarem que o direito à educação é algo mais do que garantir o acesso de todos a uma sala de aula. Drummond, que trabalhou grande parte de sua vida como assessor no Ministério de Educação, descortina um ambiente em que prevaleça a concretização do fundamento da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da CF/88.

3 Efeitos nefastos do presidencialismo de coalizão nas políticas públicas

Quando se trata de políticas públicas, há que reforçar que se faz imperativo no Brasil a adoção de um programa nacional de educação robusto e com viés contemporâneo. Iniciativa a substituir o que vem sendo oferecido, para atender os reclamos de uma sociedade que, prejudicada por diversos equívocos e descontinuidades, terminou por se omitir e a não se comprometer com as gerações atuais e futuras, mais flagrantemente com a população pobre. Os simplistas, curvando-se ao peso de indicadores orçamentários, poderiam dizer que “o cobertor é curto”, que não há como atender de forma plena e necessária às demandas de todas as áreas. Mas a premissa é falsa, embora possa se admitir a existência de limitações. Pelo balanço das contas públicas, tem-se que parte expressiva dos recursos que poderiam ser mais bem direcionados para as áreas sociais, que dizem diretamente à vida das pessoas – para muitas, à sua sobrevivência –, acaba mal alocada – repita-se pelo absurdo da situação –, *verbi gratia*, por meio de destinações de emendas parlamentares. Emendas que, muitas vezes, configuram atenções que conflitam com o interesse público, ao serem direcionadas a, apenas, algumas pessoas ou a determinados grupos, em desproveito do todo.

Em admirável artigo (MELO; MENDES, Folha de S.Paulo, 2023), o cientista político e professor Senior Fellow do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) Carlos Melo e o pesquisador e doutor em economia da mesma entidade Marcos Mendes mostram a falácia do presidencialismo de coalizão ou presidencialismo multipartidário e seus efeitos negativos nas contas públicas e na economia, como desequilíbrio fiscal, elevação das taxas de juros, queda nos níveis de investimentos estatais, fuga de capitais para mercados mais atraentes, retração da atividade econômica e prejuízos para todo o tecido social.

O presidencialismo de coalizão impõe custos elevados à economia e à sociedade, pois sempre exigiu recursos públicos em troca de votos; deu margem para grupos de pressão criar benefícios privados com custos socializados. Sua resposta é insatisfatória. Como resultado, há o desequilíbrio fiscal crônico, taxas de juros elevadas para que a prodigalidade fiscal não se transforme em inflação, baixa produtividade, altos custos de transação e riscos variados. O sistema, que já não entregava resultados maravilhosos nos primeiros anos da redemocratização, tem se deteriorado ao longo do tempo.

Melo e Mendes acrescentam que “a equação básica para o

funcionamento desse sistema consistia em montar uma coalizão com poucos partidos no Congresso, distribuir ministérios na proporcionalidade da representação partidária, liberar emendas parlamentares". Adicionalmente, explicam os pesquisadores do Insper, "o governo usava extensivamente os instrumentos de poder dados pela Constituição ao Executivo, como medidas provisórias e vetos presidenciais". Argumentam que a deterioração do sistema não tardou, com o surgimento de novos partidos políticos. Somente na Câmara dos Deputados, o número de legendas com direito ao acesso a recursos públicos chega, na legislatura 2023-2026, a 30. "Os custos de coordenação do processo legislativo deram um salto", advertem os analistas. Como consequência, o Executivo não consegue mais exercer poder de agenda, enfrentando dificuldades na tentativa de implementar políticas públicas de interesse coletivo. Os pesquisadores esmiúçam:

Os grandes partidos implodiram; há vários partidos médios, tornando mais difícil e custosa a formação de maioria parlamentar. Boa parte das emendas se tornou obrigatória, não tendo mais efeito de comprar apoio a votações. As emendas também cresceram: em valores atualizados, passaram de R\$ 7 bilhões em 2016 para R\$ 35 bilhões em 2023. Cada deputado e cada senador têm seu próprio orçamento, que provê o suficiente para azeitar máquinas eleitorais individuais. Não precisam se submeter à orientação de líderes partidários. O preço aumentou: Para reunir apoio, é preciso emendas extras, não obrigatórias. Os gastos decorrentes das emendas, obrigatórias ou não, são tipicamente de baixa qualidade, deteriorando o nível das políticas públicas.

Carlos Melo e Marcos Mendes aduzem, ainda (*id., ibid.*), que, de legislatura em legislatura, "aumenta a rejeição ou a alteração substancial dos projetos de iniciativa do Executivo, enquanto se expande a aprovação de proposições dos parlamentares, nem sempre com visão mais ampla das necessidades do País". E concluem: "O Executivo passou a ser privado dos instrumentos que garantiam seu poder de governar e o Legislativo a ser o *locus* de um processo decisório pulverizado e descoordenado, em que cada cabeça é uma sentença". Eles arrematam: "Os custos para o Executivo conseguir implementar sua agenda subiram".

Dados divulgados pelo jornal O GLOBO (edição de 23 de julho de 2023, seção Política, p. 4) mostram que, "nos primeiros sete meses de 2023, foi priorizada pelo Executivo a liberação de emendas a entidades e órgãos comandados pelo Centrão"⁶, cujo apoio político ao governo federal está

6 O termo Centrão vem sendo usado desde a redemocratização, em 1985, para designar uma parcela do Congresso que não tem ideologia política clara e não ser a defesa dos próprios interesses. O Centrão costuma transitar entre os governos, seja de direita ou de esquerda, oferecendo seu apoio em troca de cargos.

atrelado, principalmente, a esses desembolsos. O diário fluminense informa, ainda, que, “enquanto isso, organismos vinculados à educação, cultura e meio ambiente ficaram no fim da fila de pReferências de parlamentares e do Palácio do Planalto no momento de endereçar recursos indicados pelo Congresso”. De janeiro a julho, foram destinados R\$ 612,5 milhões para cinco organismos federais “sob o comando do Centrão”: R\$ 356,6 milhões para o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), R\$ 131,7 milhões para a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Paranaíba (Codevasf), R\$ 104,7 milhões para a Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste (Sudeco) e R\$ 19,5 milhões para o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS). Todos são órgãos fundamentais para o desenvolvimento das respectivas regiões em que atuam (o Dnit tem abrangência nacional), mas instituições de áreas essenciais, como a educação, não receberam recursos de emendas parlamentares no mesmo período, o que só corrobora a tese defendida por Carlos Melo e Marcos Mendes dos efeitos nefastos do presidencialismo de coalizão.

Pela lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, poder-se-ia questionar: As destinações de recursos provindos de emendas de parlamentares atenderiam, em sua maioria, ao interesse público? Estariam de fato direcionadas a resolver problemas de forma a beneficiar o conjunto da sociedade, e, não somente, alguns de seus segmentos e/ou localidades e regiões? Pesquisadores que se dedicam ao exame das alocações entendem que não, ao apontarem que, no mesmo período dos sete primeiros meses de 2023, em que foram liberados R\$ 612,5 milhões para órgãos sob a direção do Centrão, 57 órgãos e entidades federais, dentre eles, 32 universidades federais, não registraram empenho de recursos. As informações constam do Siga Brasil, do Senado Federal.

O quadro atual, com a destinação de recursos das emendas de parlamentares a, na essência, “azeitar máquinas eleitorais”, no dizer de Melo e Mendes, contraria o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Não se pretende debater, no caso de destinação de emendas parlamentares, a respeito da aplicação do princípio. Registre-se, unicamente, que há divergências entre doutrinadores brasileiros sobre a sua existência.

O juiz de Direito no Estado de São Paulo José Roberto Leme Alves de Oliveira, em brilhante artigo intitulado **Interesse Público** (CADERNOS JURÍDICOS, 2019, pp. 151-164), discorre, com clareza, apesar das limitações de espaço impostas por um texto dessa natureza,

sobre o controverso princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Oliveira diz que, enquanto para Celso Antonio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 69), a supremacia do interesse público sobre o privado é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público, pressuposto de uma ordem social estável, em que todos possam sentir-se garantidos e resguardados”, Humberto Ávila (ÁVILA, 2011, pp. 4-6) argumenta, após discorrer, na acepção do direito, sobre princípio, axioma e norma, que a supremacia do interesse público não pode ser considerada uma norma-princípio:

Sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus.

Oliveira acrescenta que Ávila, ao se basear em análise sistemática da CF/88, entende (*id.*, pp. 9-10) que não há fundamentos jurídico-positivos de validade para que a supremacia do interesse público seja considerada uma norma-princípio, já que a Carta instituiu, nos arts. 1º a 4º, normas-princípios fundamentais, ao lado de direitos e garantias fundamentais do art. 5º ao 17º e normas-princípios gerais nos arts. 145, 150 e 170, com fulcro na dignidade da pessoa humana. O magistrado-publicista de São Paulo assinala que Ávila ainda faz outras considerações sobre não ser possível validar-se a supremacia como norma-princípio, excluindo, assim, a sua aplicabilidade, mas que ele também observa que, “mesmo nos casos em que o interesse público legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição” (*id.*, p. 29).

Outro constitucionalista citado por Oliveira é o ministro do STF Luís Roberto Barroso que, com base na tese de alguns doutrinadores (Renato Alessi e Celso Antonio Bandeira de Mello, dentre outros) da existência de interesses públicos primários e secundários, defende que o secundário jamais seja elevado ao nível da supremacia perante o interesse de um particular e que o interesse público primário desfrute da condição de supremacia, já que “consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”.⁷

Retornando-se ao juiz paulista, ele acrescenta (*id., ibid.*) que outros

7 BARROSO, 2007. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público** (prefácio). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

juristas brasileiros também negam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, a exemplo de Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binenbojm, Paulo Ricardo Schier, Floriano de Azevedo Marques Neto e Marçal Justen Filho.

Independente da corrente doutrinária defensora ou contrária à existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, torna-se impositivo que sejam observados os demais princípios do direito administrativo quando se analisa o processo de destinação de recursos provenientes do Erário. Como as emendas do Legislativo têm essa origem, vêm do caixa da União, não se pode fugir ao exame normativo, sobretudo, quanto ao princípio da moralidade.

Ora, como enfrentar a realidade política, considerando-se que o País urge por mudanças com vista ao desenvolvimento, objetivando extirpar as crônicas e execráveis disparidades econômicas e sociais? Não há como se evitar repetir que – *ad nauseam, ad vitam aeternam* –, se a educação não se transformar em esteio de um processo nacional desenvolvimentista, o Brasil não deixará de ser “o país do futuro” e não iniciará nova caminhada como um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais ...”, como está estampado no Préambulo da Carta de 1988.

Com efeito, o que se pretende é robustecer um setor estratégico para a vida nacional, de maneira a encaminhar soluções para uma diversidade de problemas, conferindo à população condições de assumir novos papéis em um aceleradamente competitivo e, por via de consequência, seletivo e excludente cenário. Há que pensar, por exemplo, que se o Brasil não tivesse cuidado, a partir da segunda metade do século passado, de garantir novas fronteiras territoriais e tecnológicas à pecuária e à agricultura, certamente não teria chegado ao patamar em que se encontra hoje o agronegócio nacional, a gerar empregos, mais bem remunerados que há 50 anos, mais exportações e divisas, além de novas e promissoras expectativas. Para tanto, deve o País ao estudo e à pesquisa voltados para o setor agropecuário, com destaque para o profícuo trabalho da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa).

O Brasil também deve – e imensamente –, ao ex-ministro da Agricultura Alysson Paolinelli, falecido aos 86 anos em junho de 2023. Após três anos à frente da Secretaria da Agricultura de Minas Gerais (1971-1974), oportunidade em que transformou o Estado no maior produtor de café do País, Paolinelli foi para o Ministério da Agricultura.

Para desenvolver o agronegócio, valorizou a ciência, concedendo bolsas de estudos para brasileiros nos maiores centros de pesquisa do mundo. Com isso, a Embrapa, fundada apenas dois anos antes, começou a se transformar na potência que é hoje. O ministro mineiro criou os primeiros centros de pesquisa nacionais por produtos, como trigo, arroz e feijão, e para gado de corte, com o concurso de especialistas de alto nível, parte deles tendo se qualificado fora do País. Atualmente, a maioria se prepara em universidades e centros de pesquisas brasileiros, denotando o elevado grau de qualidade do ensino nacional de agronomia, decorrente de décadas de investimentos nessa área da educação.

O grande salto do agronegócio viria, logo em seguida, ainda nos anos 1970, com a incorporação, após a devida “correção”, dos até então “inférteis” solos do Cerrado, que passou a produzir, em larga escala, soja, milho, algodão, carne e leite. Com a nova realidade/qualidade das terras do Cerrado, a Região Centro-Oeste tornou-se das mais importantes produtoras do mundo. Os avanços repercutiram direta e rapidamente na balança comercial. De importador de alimentos básicos até fins dos anos 1970, o Brasil passou a grande exportador, tendo alcançado a marca de US\$ 159 bilhões em 2022. Estima-se que, hoje, o País alimente quase 1 bilhão de pessoas em mais de 150 países, o equivalente a 12% da população mundial. A incorporação do Cerrado, sobretudo no cultivo de grãos, levou o Brasil, somente na safra 2022/2023, a bater novo recorde, com mais de 317 milhões de toneladas produzidas, crescimento de 16,5% ante a safra 2021/2022, informou a Companhia Brasileira de Abastecimento (Conab), no início de julho de 2023.

Sem o pregar e a competência dos especialistas da Embrapa, que incluem técnicos agrícolas e engenheiros agrônomo de elite, com mestrado, doutorado e pós-doutorado, no Brasil e no exterior, ao lado de outros pesquisadores de escol de áreas afins, o que se deve a iniciativas exitosas em educação, certamente o Brasil ainda estaria realizando em sua quase totalidade uma agricultura de subsistência. Ressalte-se, todavia, que expressivas parcelas da agricultura e pecuária brasileira são formadas por produtores familiares, que têm contribuído decisivamente para o abastecimento do mercado interno. Contingentes deles têm frequentado programas de aperfeiçoamento e de treinamento, que também contam com participação da Embrapa. Atualmente, grande parte do que o brasileiro consome diariamente em sua mesa é oriunda de pequenos produtores familiares – estima-se que cerca de 70%, quando se fala de verduras, legumes, frutas, ovos e leite e alguns de seus derivados. Já a área

de grãos e o grosso da produção de proteína animal (carne bovina, suína e de frango) encontram-se nas mãos de grandes produtores, que exportam para aproximadamente uma centena e meia de países. Tudo decorrente da incorporação de tecnologias de ponta, baseadas em muito estudo e pesquisas avançadas. O esteio disso tudo, tanto para pequenos quanto para grandes produtores, tem sido a educação.

Ignorar a educação como ferramenta para o progresso socioeconômico, dificultando-lhe o acesso ou deixando de apoiá-la, tanto ao desconsiderar quanto ao comprometer o êxito de projeto educacional de qualquer pessoa ou grupo social, configura-se conduta contrária a comando constitucional. Agir dessa forma equivale a condenar o brasileiro, mormente o de menor renda, à perda de uma chance, mais ainda quando se trata de criança ou adolescente. Há que frisar que, além do direito fundamental constitucional à educação, eles também se encontram integralmente protegidos, por sua hipossuficiência, pelo ECA/1990, consoante dispõe o art. 1º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Oportuno que se cite que o direito à educação está insculpido no art. 6º da Constituição Federal (CF/88), como um dos direitos sociais fundamentais relacionados no Capítulo II da Carta Maior brasileira. Assim como os direitos e deveres individuais e coletivos do art. 5º, do Capítulo I, Título II da CF/88, que trata de forma abrangente dos direitos e garantias fundamentais, o direito à educação se articula e se alicercea no Título I do diploma político do Brasil, que focaliza os princípios fundamentais a regê-los: “A soberania” do País e de seu povo; “a cidadania”; “a dignidade da pessoa humana”; e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. E, em qualquer nação em que prevaleça o Estado Democrático de Direito, basilar que se respeitem os princípios a conduzir o seu ordenamento jurídico. No dizer de Miguel Reale (REALE, 2003, p. 37):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Não há como postergar – por sua indiscutível essencialidade e urgência – a adoção de medidas voltadas para elevar a educação ao patamar de prioridade nacional em termos de políticas públicas. Observe-se que, pela realidade atual, a estruturação de um programa nacional de

incremento da educação e as ações para a sua implementação em todos os níveis de ensino irão demandar tempo e recursos consideráveis de origem diversa. Demais, os resultados vão requerer meticoloso trabalho de monitoramento e avaliação para eventuais correções na estrutura do programa e/ou no seu processo de implantação. Além disso, essas ações não se viabilizarão sem o concurso de toda a sociedade, que deverá exigir de seus representantes no Legislativo engajamento em empenhos de toda natureza, principalmente, financeiros. O art. 205 da CF/88 prescreve a responsabilidade de todos com relação à educação: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. O constituinte, ao dispor sobre o dever da família e colaboração da sociedade, incluiu, com descritivo republicano, os parlamentares no que, passados 35 anos da promulgação da Carta Magna, ainda se afigura um verdadeiro desafio para se empreender um esforço nacional de forma a se estabelecer no País uma educação de qualidade e universal.

Como, por ora, não se cogita mudança do sistema político, não se terá como abrir mão da pressão das bases eleitorais para que os parlamentares destinem parte de suas emendas para suprir o pretendido programa de educação. Iniciativa que deverá se constituir em um movimento de articulação política e de participação e clamor popular sem precedentes na história política do País, desde a morte do presidente Getúlio Vargas, em 1954, e semelhante, talvez, apenas ao movimento das “Diretas Já”, quando milhões de pessoas saíram às ruas, no início da década de 1980, pedindo eleições diretas para presidente da República. Ou na comoção que tomou conta do Brasil na morte do presidente eleito Tancredo Neves, em 1985, na transição do regime militar para a democracia, com o povo nas ruas acompanhando o féretro, a partir de São Paulo, passando por outras capitais, até o sepultamento em São João Del Rey-MG. Havia sede de democracia, de governo republicano. Pressionar parlamentares para a destinação de maiores parcelas das emendas à educação não se mostra o melhor caminho para solucionar a escassez de recursos para o País avançar na educação. Porém, no momento, é o possível a ser feito; pragmaticamente, *s. m. j.*, o mais produtivo.

4 Êxito da educação requer suporte na efetivação de outros direitos

O direito fundamental social à educação depende do suporte de outros direitos para a sua plena concretização. Sem que sejam efetivados os direitos à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao transporte, à moradia, ao lazer e à segurança, torna-se tarefa hercúlea, quando não impossível, obter-se sucesso na implementação do direito à educação a todos. Há que questionar: Como uma pessoa doente pode frequentar a escola e se engajar integral e produtivamente no processo de ensino? Também se poderá indagar: Como alguém mal alimentado ou em jejum poderá frequentar normalmente aulas e outras atividades escolares? Ou, no caso de crianças que trabalham para complementar a renda familiar, ainda que se constitua atividade ilegal, como podem obter bom rendimento no ensino? O trabalho infantil, em tudo reprovável, é uma realidade entre os estratos sociais mais pobres. Não seria exagero indagar-se, igualmente: Crianças e adolescentes que caminham até quilômetros para chegar à escola, sob sol ou chuva, expostos à poeira, umidade intensa, calor ou frio, estariam nas mesmas condições de outros alunos que acessam a sala de aula com relativo conforto? E aqueles que dormem em ambientes precários e, às vezes, insalubres teriam repousado o suficiente para nova jornada de aulas? Poder-se-ia questionar, ainda: Estudantes que não dispõem de lazer nem segurança nas proximidades de suas moradias, ou se sentem ameaçados no interior da escola ou no seu entorno, estariam em condições psicológicas para acompanhar os estudos?

Tantos questionamentos e dúvidas assombram hoje a escola brasileira, de modo especial a escola pública da periferia dos grandes centros urbanos ou da hinterlândia. Seja pelo aluno que, enfermo, não teve acesso a um serviço médico ou que não dispôs de medicamento para combater a doença diagnosticada; ou um estudante que se contaminou fora do ambiente escolar e para ele levou a doença, submetendo colegas, professores e demais servidores ao risco de contágio, pois não pôde faltar à escola, onde contava com a única refeição do dia! Seja, também, pelo aluno que veio de casa com dificuldades de ordem psicológica e não contou na escola com a devida compreensão, empatia, apoio e assistência. Ainda nessa questão do direito à saúde, há um sem número de doenças que, na fase inicial, poderiam ser tratadas com relativa facilidade, mas que praticamente são ignoradas ou os alunos não encontram na escola orientação e encaminhamento para assistência. Uma dor de dente, por

exemplo, não é, em geral, vista como algo que possa levar o aluno a um quadro mais grave. Mas há estudantes que perdem dias escolares por falta de tratamento do que começou com uma cárie e se agravou. São situações que, à primeira vista, podem parecer irrelevantes, mas que afetam o dia a dia das escolas e prejudicam inúmeros alunos.

A escola, que exige do aluno atenção, dedicação, raciocínio e curiosidade, natural para quem quer aprender, desenvolver-se intelectualmente, requer um aprendiz que reúna condições físicas e mentais para tal. Os maus resultados, representados por um sem-número de reprovações e pela elevada evasão, devem sobrepesar na definição das providências a serem adotadas no sentido da promoção de imediatas alterações no setor de educação.

Estudo elaborado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan), em parceria com o Serviço Social da Indústria (Sesi), publicado pelo jornal O Globo (O GLOBO, 16 de abril de 2023, seção Brasil, p. 16), aponta que, “se, no Brasil, cerca de 90% dos jovens conseguissem concluir o ensino médio até os 24 anos, como no Chile, o País ganharia ou pouparia R\$ 135 bilhões por ano”. O total representa “o custo anual calculado sobre os 40% dos brasileiros nessa faixa etária que ficam pelo caminho na educação básica, percentual acima também de países como México, Costa Rica e Colômbia”. O trabalho **“Combate à evasão no ensino médio – desafios e oportunidades”**, da Firjan Sesi, baseou-se em dados oficiais do IBGE e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Segundo o economista Ricardo Paes de Barros, que participou da investigação, que traça um diagnóstico do ensino médio e propõe soluções para o problema, “enquanto entre alunos do quinto mais pobre da população apenas 46% terminam o ensino médio até os 24 anos, a taxa de estudantes do quinto mais rico é de 90%”. O levantamento mostra que “as consequências são nefastas para os que não conseguem chegar ao final dessa etapa, e vão de remunerações em média 25% menores a uma expectativa de vida de três anos a menos”. O Globo informa que “o levantamento aponta ainda que, para além dos prejuízos individuais, todo o País paga um preço alto por essa situação”. Conforme Andrea Marinho, consultora de educação da Firjan Sesi e responsável pela pesquisa:

A cada dez jovens brasileiros, apenas seis concluem o ensino médio. O restante tem suas vidas indefinidas, sem uma base sólida de educação para exercer sua cidadania e ter uma análise crítica para fazer suas escolhas e conseguir se movimentar em meio a mudanças constantes no mundo do trabalho. A eles falta qualificação adequada para uma

colocação melhor no mercado. São vidas comprometidas, que geram um custo econômico e social. A cada ano, 500 mil jovens maiores de 16 anos abandonam a escola no Brasil. Isso é muito grave, uma tragédia silenciosa, porque perpetua as desigualdades.

Um dado avassalador da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), confirmado durante show do “Criança Esperança” na TV Globo, na noite de 7 de agosto de 2023, mostra que 2 milhões de crianças e adolescentes estão fora da escola no Brasil. A Pesquisa Contínua de Amostra por Domicílio (PNAD Contínua), do IBGE, atualizada em junho de 2023, aponta que, na pré-escola, são 425 mil crianças de 4 e 5 anos fora do ambiente escolar, seja pela inexistência de vaga em educandários públicos, seja pelas dificuldades que as famílias têm de transporte, a principal delas, falta de dinheiro para pagar a condução. A pré-escola é a base do sistema educacional, onde a criança ingressa no mundo do conhecimento. Em paralelo à transformação de escolas reconhecidamente ruins em educandários de boa qualidade, o Brasil precisa resgatar para a sala de aula crianças e adolescentes que se encontram ausentes.

O setor educacional enfrenta ainda outros problemas, o mais grave, da violência intra e extramuros, que se ombreia com o das drogas. Em determinadas situações, o ambiente violento delas deriva. O panorama atual passou a exigir mais esforços e recursos para o desenvolvimento e o controle das atividades escolares, que incluem a ampliação de medidas de segurança. Há que considerar que a postura dos alunos, os níveis de urbanidade trazidos para a escola, enfim, o comportamento do corpo discente tem apresentado variações, com o surgimento de novos padrões crescentemente desafiadores. Os problemas não se localizam apenas na escola pública, como poderiam sugerir desavisados. As dificuldades também se verificam em educandários privados. Não obstante, e apesar de a escola pública se encontrar na berlinda, em diversas de suas unidades, muitas delas tradicionais no ensino de qualidade e com alunos de estratos sociais distintos, mantêm-se bons níveis de interação e relacionamento dos corpos discente e docente, preservando princípios e práticas de boa convivência. Nelas, o ensino flui com qualidade e harmonia social. Ao contrário, entretanto, tem-se, em outras escolas, a presença da violência entre alunos, de alunos contra professores e de alunos contra servidores da administração. Ou, até de pais de alunos contra professores e direções de escolas! Desde 2011, 52 pessoas foram assassinadas em atentados em instituições de ensino brasileiras, sete delas somente em 2022. Entre

setembro de 2022 e abril de 2023, houve cinco homicídios em escolas no País. Os números são do Fórum Nacional de Segurança Pública, publicados em julho de 2023.

São consideráveis os prejuízos decorrentes do ambiente violento, como demonstram dados de um estudo feito pelo Interdisciplinaridade e Evidências no Debate Educacional (Iede), divulgados pela Folha de S.Paulo (FOLHA, 2023, caderno B, p. 3). Informa a Folha, com base no trabalho do Iede: “Em escolas com clima escolar ruim, 60% das crianças chegam ao quarto ano do ensino fundamental sem ter aprendido as habilidades básicas de leitura, como identificar e compreender uma informação explicitamente declarada no texto”. As constatações baseiam-se nos resultados obtidos por estudantes brasileiros na avaliação do Progress in International Reading Literacy Study (Pirls). O jornal explica que “a avaliação é feita com crianças do quarto ano do ensino fundamental, quando elas estão com 10 anos de idade, para analisar quanto a alfabetização está consolidada”. O procedimento se deve ao fato de os responsáveis pelo Pirls entenderem que “o quarto ano é um ponto de transição no desenvolvimento dos estudantes, quando passam da fase de aprender a ler para a de ler e aprender”.

O Iede ainda registra com relação a todas as escolas: “Se o desempenho geral do Brasil indica que 38,4% das crianças chegaram ao quarto ano sem as habilidades consideradas adequadas para a idade em leitura, das mais baixas taxas entre os países analisados, o cenário brasileiro é ainda mais crítico diante da desigualdade educacional”. Segundo Ernesto Faria, diretor-executivo da entidade, “a média geral do Brasil é muito baixa e preocupante, mas ela esconde a realidade da maioria dos estudantes que é ainda mais grave. Alunos com baixo nível socioeconômico e em escolas com clima escolar ruim têm menos oportunidade de aprender o que têm direito”. É a violência contribuindo para frustrar a concretização de um direito fundamental.

Para Faria, o bom funcionamento do ensino está condicionado ao desempenho de outros setores, que, nestas reflexões, são aqueles que se referem aos direitos sociais constitucionais. A Folha de S.Paulo relata que o pesquisador entende que os dados levantados pelo Iede indicam que o avanço no aprendizado não depende apenas do apoio pedagógico, mas de uma política sistêmica e integrada com outras áreas para melhoria do ambiente escolar:

Questões externas têm um peso muito importante no aprendizado dos alunos e, ainda assim, as escolas continuam tendo que lidar sozinhas com elas. Violência, pobreza, vulnerabilidade social são fatores que

as escolas não conseguem resolver, mas que podem ter o impacto minimizado se houver uma política voltada para isso.

Constatações como as do estudo do Iede só reforçam a necessidade de o País engendrar política pública que faça da educação um meio de transformação para qualificar milhões de brasileiros. Pessoas que estão ameaçadas de ficar à margem de um mundo em que o acesso à informação e ao conhecimento começa, desenvolve-se e consolida-se na escola. Ansia-se por uma uma política que, na sequência, permita a essas pessoas frequentar programas de atualização e aprimoramento continuados. A violência e o quase abandono de áreas dos direitos sociais têm sido os principais óbices para essa conquista, potencializados pelas consequências deletérias do jogo político pelo poder e obtenção de cargos públicos e, ainda, recursos de emendas.

5 Considerações finais

É delicada a questão da concretização do direito fundamental social à educação no Brasil, principalmente pelos efeitos da falência do sistema presidencialismo de coalizão. As dificuldades são crescentes com a ampliação do número de partidos. Mostra-se extremamente dispendiosos ao Poder Executivo obter, na Câmara e no Senado, base para a aprovação de seus projetos, mormente quando se trata de Emenda Constitucional, que depende da aprovação de três quintos de cada um dos plenários – 308 deputados e 49 senadores. Para a formação da chamada “base aliada”, além dos desembolsos do Tesouro com as emendas obrigatórias a que cada um dos 513 deputados e 81 senadores tem direito, o Executivo, ao negociar apoio, vem aportando recursos adicionais, com a cobertura de outras emendas (de bancada, de comissões e das Mesas diretoras da Câmara e do Senado), ao lado de se obrigar a nomear indicados pelas legendas para administrar entidades e órgãos públicos, que dispõem de vultosos orçamentos. Não há garantia de que essas gestões atuem em sintonia fina com o governo, com o risco de comprometimento de objetivos e metas programáticas. Mais um ônus do sistema presidencialismo de coalizão.

Está cada vez mais difícil ao Executivo dispor de recursos, senão os de natureza orçamentária e, assim, limitados, para executar políticas públicas ao nível das necessidades atuais, entre as quais, a da educação, mesmo a área mostrando que precisa se tornar uma prioridade do País. Se o objetivo não for alcançado, milhões de brasileiros estarão irremediavelmente condenados a um atraso que só produzirá mais desigualdades, miséria e sentimento de

perda de oportunidade cuja compensação exigirá desembolsos ainda maiores e, o mais dramático, o sacrifício de extensos estratos sociais por tempo indefinido. Pessoas que se hoje estão ao largo dos benefícios de um mundo tecnologicamente desenvolvido, devido à exclusão socioeconômica, não veem perspectivas de melhoria de seu nível de vida, senão pela educação. Pela relevância, reprise-se: Um direito constitucional fundamental. Frustrá-las na construção de uma vida produtiva, negando-lhes a perspectiva de um futuro melhor, contradiz a CF/88, já que a Carta tem como fundamentos, dentre outros, os da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

Referências

ANDRADE, Carlos Dummond de. **Para Sara, Raquel, Lia e para todas as crianças.** <http://www.bancodeescola.com/andrade.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2023.

ANDRADE, Vander Ferreira de. Direitos fundamentais, dignidade humana e democracia: uma interdependência inafastável. In: **(Re)pensando o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. **Boletim da Safra de Grãos** - 10º levantamento (17/7/2023). Brasília: Conab, 2023.

BRASIL. **Censo Demográfico de 2022**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei 8.060. Estatuto da Criança e Adolescente**. Brasília, 1990.

BRASIL. **Lei 9.394. Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Brasília, 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FOLHA DE S. PAULO. **Um sistema em xeque.** Ilustrada Ilustríssima (pp. C4 e C5; 30/7/2023). São Paulo: 2023.

FOLHA DE S. PAULO. **Alunos não aprendem básico em ambiente escolar violento.** Caderno B (p. 3; 3/9/2023). São Paulo: 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O GLOBO. **Evasão no ensino médio custa R\$ 135 bilhões ao País.** Seção Brasil, p. 16 (16/4/2023). Rio de Janeiro, 2023.

OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. Interesse público.

Cadernos Jurídicos. São Paulo, ano 20, nº 47, pp. 151-164, Janeiro-Fevereiro/2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TV GLOBO. **Programa Criança Esperança** (7/8/2023). Rio de Janeiro, 2023.

Capítulo 3

LITÍGIOS CLIMÁTICOS E A BUSCA À PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Irineu José Coelho Filho¹

Filipe Augusto Silva²

Xenofontes Curvelo Piló³

Introdução

A afirmação de que o aquecimento global, as mudanças climáticas e seus efeitos negativos decorrem das ações humanas, atualmente é consenso jurídico. A maioria dos cientistas que pesquisam sobre o clima concordam que o planeta onde vivemos está aquecendo e que as emissões de gases de efeito estufa são a principal causa de tal fenômeno.

Foucault (2015) afirma que o clima é um conjunto de variáveis meteorológicas, sucessivas, como temperatura, umidade do ar, intervenção da luz solar e pressão atmosférica, que se repetem por meses e anos em ciclos em determinado local de acordo com as condições da atmosfera.

A questão climática é a questão de nosso tempo. É a pergunta interrogante que nos lança o destino, a preocupação com o futuro da humanidade, a emergência climática é a antessala de todas as outras questões em relação a humanidade.

O debate atual e profundo sobre o clima, em especial, na perspectiva

¹ Doutorando e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/ MG. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais. E-mail: delegadoirineucoelho@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Juiz leigo TJMG.

³ Doutorando e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/ MG (2021). Bacharel em Direito pela Faculdade Promove (2008), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade Newton Paiva (1988). Especialização Direito Público lato sensu pelo CEAJUFE (2009). Especialização em Ciências Penais lato sensu pelo Centro Universitário Newton Paiva (2011), membro da ABJD - Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. Advogado. E-mail: xenopilo@yahoo.com.br

ambiental dos direitos fundamentais, a crise climática e as alterações em razão do aquecimento global justificam esta pesquisa, sobretudo em razão dos mais recentes acontecimentos mundiais que envolvem a temática.

Devido ao estado de emergência climática e os perigos e riscos que ela representa para a humanidade, torna-se uma obrigação o exercício consciente da cidadania global, pois as consequências das mudanças climáticas são embasadas em fatos incontrovertíveis. Tais mudanças e seus efeitos são consequência de séculos de desenvolvimento econômico e humano insustentável e predatório.

Nesse contexto, o debate de ordem social, econômica e jurídica sobre a crise climática e o aquecimento global, faz-se imprescindível, sobretudo quando se consideram suas influências diretas na consolidação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental.

Sendo adequado as interferências das ações humanas e, consequentemente, as alterações climáticas em todas as suas composições atuais e principalmente para as futuras civilizações, a natureza gera, diferentes gravidades, com efeitos para toda a humanidade.

O Direito Climático no contexto internacional

A Corte Internacional de Justiça reconheceu que a proteção do meio ambiente integra o *corpus* do direito internacional, por meio da obrigação geral dos Estados de garantir que as atividades dentro de sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou de áreas fora do controle nacional. Igualmente, a Corte reconheceu que o meio ambiente não é uma abstração, mas representa o espaço e a qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, incluindo as gerações por nascer (Corte, 1996).

A importância e universalidade das questões ecológicas e o caráter emergente de questões ambientais tornaram a proteção ambiental uma prioridade das políticas públicas internas dos estados e de organizações internacionais.

A disposição transfronteiriça da poluição ou da assertiva de temas ambientais globais, como o efeito estufa e as mudanças climáticas, a redução da camada de ozônio, a conservação da biodiversidade e o desmatamento requerem um comprometimento internacional com certa especialização, inclusive com a democracia e a cooperação em escala bilateral.

Nos últimos anos a consciência das alterações climáticas enquanto

problema social vem aumentando consideravelmente e de forma consistente, tendo-se transformado num dos maiores desafios para a humanidade. De forma consensual, em dezembro de 2015, em Paris, foi firmado um acordo global que busca combater os efeitos das mudanças climáticas e buscar meios para reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Somente em novembro de 2016, entra em vigor o documento do acordo, então chamado de Acordo de Paris, sendo ratificado pela União Europeia, pela Autoridade Palestina e mais 195 países signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), durante a 21^a Conferência das Partes (COP-21).

Segundo Oliveira e Brasil (2019, p.17-38), para o alcance do objetivo final do Acordo de Paris, os governos se envolveram na construção de seus próprios compromissos, a partir das chamadas Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas (iNDC, sigla em inglês). Por meio das iNDCs, cada nação apresentou sua contribuição de redução de emissões dos gases de efeito estufa, seguindo o que cada governo considera viável de acordo com o cenário social e econômico local.

Um conjunto multidisciplinar acadêmico, The Lancet Countdown, investigou, de acordo com Watts *et al.* (2017), as interfaces entre as responsabilidades climáticas e a saúde global e indicou a necessidade de se montar um itinerário com grupos temáticos de monitoramento coletivo de indicadores e análise de base de dados. Os autores afirmam que as mudanças climáticas agem como uma força multiplicadora dos riscos globais e já alertavam que, embora os impactos diretos das mudanças climáticas estivessem relacionados com aumento de temperatura, ondas de calor e aumento da frequência de eventos climáticos extremos como tempestades, enchentes e secas, as consequências sociais e de saúde pública são de longo alcance e de distribuição heterogênea, pois existem diversos tipos de sistemas sociais e ambientais (Watts *et al.*, 2017).

Venâncio, por sua vez, observa que os avanços pontuais na efetividade das políticas climáticas são originados, em parte, pela judicialização de casos estratégicos, que alargam o entendimento sobre o que é o bem comum, o que é a natureza e qual o nosso papel em proteger os bens naturais. Como as mudanças climáticas podem ser incorporadas em várias frentes de defesa ambiental, como a redução de gases do efeito estufa, o mercado de carbono, as ações de desmatamento etc., ela comumente é agregada à temática ambiental, mas, ao mesmo tempo, extrapola os limites postos no Direito Ambiental e, por isso, impulsiona uma mudança epistemológica na direção de uma nova ética climática: “nesse sentido, a ciência social jurídica

tem potencial, ao avançar epistemologicamente, para assumir uma função mais ativa no processo de salvaguarda do meio ambiente (Venâncio, 2018).

Direitos fundamentais e os litígios climáticos: uma visão internacional

Nas últimas décadas, tratados internacionais, constituições, legislações infraconstitucionais e políticas públicas têm abordado as mudanças climáticas causadas por fatores antrópicos como um grande desafio a ser enfrentando, seja pela necessidade do corte das emissões de gases de efeito estufa nos parâmetros acordados em Paris, no ano de 2015, seja para a adoção imediata de medidas de adaptação e de resiliência com a finalidade de proteger a vida humana e não humana, o meio ambiente, a economia e os bens públicos e privados.

Os litígios climáticos são ações legais movidas por indivíduos, organizações não governamentais (ONGs), comunidades ou até mesmo governo contra empresas, governo ou outras entidades em relação às mudanças climáticas. Tais processos visam responsabilizar os infratores pelas atividades que induziram as mudanças climáticas e exigem medidas corretivas para combater os efeitos negativos. Há diferentes tipos de processos climáticos que podem ser movidos em várias jurisdições, os demandantes podem alegar que essas emissões violam leis ambientais, regulamentos ou normas internacionais.

As mudanças climáticas podem ter impactos diretos na vida e saúde das pessoas. Eventos climáticos extremos, como ondas de calor intensas, secas prolongadas, tempestades muito fortes e aumento do nível do mar podem levar a danos físicos, mortes prematuras e agravamento de doenças. A falta de ação para mitigar esses efeitos pode ser considerada uma violação do direito à vida e à saúde. Há casos em que os litígios climáticos são movidos com base na alegação de que as ações ou omissões das partes envolvidas resultaram em violações diretas dos direitos humanos.

O uso de direitos humanos em litígios climáticos é, em muitos aspectos, uma extensão lógica do uso de direitos humanos na proteção ambiental de maneira geral. Esse desenvolvimento tem sido problematizado de maneiras específicas, mais significativamente, pela objeção de que a proteção do meio ambiente com base nos direitos humanos reflete uma abordagem antropológica profunda à degradação ambiental, que não representa a importância intrínseca do meio ambiente além de sua relação

com o bem-estar humano. Praticamente, os direitos humanos têm-se mostrado uma das vias mais promissoras para a proteção ambiental na ausência de regulamentação ou diante de regulamentação considerada inadequada (Zeben, 2021).

O direito à vida e à segurança pessoal está relacionado com um dever do Estado de proteger a vida dos seres humanos e a sua incolumidade física. O estado é o destinatário da norma que tutela um direito fundamental de primeira geração. Os indivíduos, portanto, também têm o dever de precaução e de não violação desses direitos fundamentais.

3.1 A dignidade (humana) e os litígios climáticos

A proteção humana é um princípio fundamental dos direitos humanos e serve como base para os processos climáticos. A conexão entre os humanos e processos climáticos está relacionada aos efeitos adversos das mudanças climáticas nas condições de vida e bem-estar das pessoas. As mudanças climáticas podem ameaçar a humanidade de várias maneiras, inclusive com impactos na saúde e segurança. As mudanças climáticas podem ter como consequências a eventos climáticos extremos, como calor intenso, tempestades, enchentes e secas prolongadas. Esses eventos têm o potencial de causar danos físicos, lesões e mortes, afetando a segurança e o bem-estar das pessoas.

Zeben (2021) destaca que, embora o litígio climático não seja uma solução completa para as mudanças climáticas, ele pode desempenhar um papel importante na criação de uma pressão política mais forte para que os governos ajam de forma mais decisiva e eficaz no combate à mudança climática. Argumenta que os direitos humanos podem ser usados como um caminho promissor para enfrentar a crise climática e que a litigância climática pode ser uma ferramenta eficaz para proteger os direitos humanos das pessoas afetadas pelas mudanças climáticas e para responsabilizar os governos e as empresas por suas ações ou inações que contribuem para as mudanças climáticas e seus impactos nos direitos humanos (Zeben, 2021).

Os litígios climáticos, portanto, estão inseridos num contexto normativo que consagra a proteção ambiental como direito humano e fundamental. A Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972) apresenta-se como o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, projetando-se pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito internacional, ideia em torno de um

direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar. Grifa-se que, já no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo, encontra-se o registro de que ambos os aspectos do ambiente, natural ou construído, são essenciais ao bem-estar e ao gozo dos direitos humanos básicos, com destaque para o direito à vida, compreendido como um direito à vida condigna e saudável. No seu Princípio 1º, resta expresso que o “homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações (Sarlet; Fensterseifer, 2014).

A crise climática, por certo, persiste com o aumento das temperaturas e dos eventos climáticos extremos. De fato, como se pode observar no Emissions Gap Report 2020, lançado pela UneP, em dezembro de 2020, apesar de ter havido diminuição nas emissões de dióxido de carbono causadas pela pandemia da covid-19, existe uma tendência inequívoca de aumento nas temperaturas para 3°C no final deste século.

De outro lado, nações e entes privados estão progressivamente comprometidos com salutares metas de emissões líquidas negativas até 2050. Para isso, urge, por certo, a transição energética e a descarbonização profunda da economia. As futuras gerações de seres humanos, felizmente, talvez tenham, para além dos maus, bons exemplos a seguir. Os adolescentes, representados por seus genitores e os jovens estão, já nestes dias, a reivindicar direitos fundamentais como ao clima estável e seguro. Exercem, via litígios climáticos, uma forte pressão sobre os governos para uma mudança na governança climática, realizando um importante e rico movimento global de criação de direitos ambientais e climáticos intergeracionais. O Poder Judiciário, portanto, na maioria dos países do mundo, cada vez mais, assume um papel de protagonismo na declaração e na concretização destes direitos em virtude da emergência climática e da omissão dos demais poderes estatais (Zeben, 2021).

Na edificação de um modelo de Estado de Direito de feição ecológica com base democrática fundada em democracia participativa e com marco axiológico com raízes no princípio constitucional da solidariedade numa tentativa de conciliação e diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e a proteção ambiental, as consequências das decisões de litígios climáticos vem caminhando com a finalidade de proteger os direitos fundamentais.

3.2 O julgamento de litígios climáticos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

As secas que acompanham o aquecimento global estão afetando a segurança alimentar. A precipitação flutuante e a salinização de lagos e rios colocam em risco abastecimento de água potável. Os direitos humanos impõem a obrigação de mitigar as mudanças climáticas. Tais mudanças impactam diretamente e indiretamente uma série de direitos humanos garantidos internacionalmente. Por isso, os estados têm o dever de tomar medidas efetivas para prevenir esses impactos climáticos, buscando mitigar o aquecimento global e garantir que todos os seres humanos, que são sujeitos de direitos, tenham a capacidade necessária para se adaptarem à crise climática.

Pode-se afirmar que não há uma hierarquia vertical entre o TJ/EU (Tribunal de Justiça da União Europeia) e os tribunais nacionais, mas sim um modelo de cooperação horizontal, sendo que, enquanto o Tribunal comunitário interpreta o Direito da União para garantir a aplicação uniforme deste, os juízes nacionais efetivamente aplicam o Direito, vez que a atuação do TJ/UE, via questão prejudicial, não envolve a resolução do caso concreto.

Para sustentar a atuação conjunta entre a União Europeia e os Estados Membros, há o dispositivo 4º, item 2, do TFUE (2007), que prevê expressamente o meio ambiente como matéria de competência compartilhada, assim como a defesa dos consumidores, o que inclui o direito à informação ambiental relacionado à liberdade de escolha do consumidor com relação ao produto a ser consumido.

Zeben (2021) afirma que os tribunais europeus têm reconhecido cada vez mais a importância dos direitos humanos em casos de litígio climático e têm tomado medidas para garantir que as políticas e ações relacionadas ao clima sejam compatíveis com esses direitos. Destaca a autora que a proteção dos direitos humanos pode ser um caminho valioso para garantir uma resposta eficaz à crise climática e pressionar os governos e as empresas a agirem de maneira mais decisiva para enfrentá-la.

Ainda de acordo com Zeben (2021), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos reconhece o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente saudável, e esses direitos podem ser violados quando os governos não tomam medidas adequadas para enfrentar a crise climática. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reconhecido cada

vez mais a relevância dos direitos humanos em casos de litígio climático e tem tomado medidas para garantir que as políticas e ações relacionadas ao clima sejam compatíveis com esses direitos.

Discutindo casos específicos em que a CEDH e o TEDH foram usados em litígios climáticos, como o caso de Urgenda na Holanda, em que o Tribunal ordenou que o governo holandês tomasse medidas mais fortes para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, a autora esclarece que os casos apresentados ao Tribunal demonstram o potencial dos instrumentos europeus de direitos humanos para proteger os direitos do homem em face das mudanças climáticas e para pressionar os governos a agir de maneira mais decisiva para enfrentar a crise climática.

Pari passu, famílias da União Europeia, do Quênia e Fiji processaram o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia na tentativa de impor metas mais ambiciosas de mitigação das mudanças climáticas. Alegaram que o objetivo da União Europeia de reduzir as emissões domésticas de gases de efeito estufa em 40% até 2030 é insuficiente para protegê-los das ameaças impostas pelas mudanças climáticas e afirmaram que seus direitos já estão sendo violados. Alguns dos autores seriam afetados por ondas de calor, secas, pelo risco de incêndios florestais e da desertificação, outros poderiam perder a vida com o aumento do nível do mar e com o aumento da frequência e da intensidade das tempestades. Requereram que a meta de redução de 40% de emissões de gases de efeito estufa fosse declarada ilegal e revogada, com os réus sendo obrigados a estabelecer uma meta de cortes com patamar mais ambicioso e elevado (Heinrich, 2019).

Embora não exista legislação específica para a apuração da responsabilização civil dos emissores de gases de efeito estufa pelos danos decorrentes das mudanças do clima, a legislação alemã possui disposições no âmbito da responsabilidade civil e da responsabilização do poder público nas suas mais diversas manifestações, que podem, em tese, ser invocadas em litígios climáticos. De fato, para além de fundamentos políticos e morais da responsabilidade pelos danos causados, o Direito, na condição de estrutura normativo-institucional reguladora das relações políticas, econômicas, sociais, culturais e ambientais, dispõe de instrumentos organizacionais e procedimentais para o reconhecimento da responsabilização dos emissores de gases de efeito estufa causadores das mudanças do clima e de suas catastróficas consequências que têm se expandido nos últimos anos de modo alarmante (Sarlet; Fensterseifer, 2019).

Considerando que a União Europeia é constituída por diversos

países, é inevitável a ocorrência de conflitos de fontes entre o Direito da União e os direitos nacionais, portanto o desenvolvimento dos supramencionados parâmetros foi capaz de elucidar as divergências e garantir a continuidade do processo de integração da União Europeia (Melo; Amaral Júnior, 2016).

É evidente que, ao trazer casos de litígio climático para tribunais europeus de direitos humanos, indivíduos e grupos podem ajudar a estabelecer jurisprudência em relação aos direitos humanos relacionados ao clima. Havendo sido estabelecidos precedentes jurisprudenciais, os tribunais podem usar esses casos como base para tomar decisões futuras em casos semelhantes e para pressionar os governos a agirem de maneira mais decisiva para enfrentar a crise climática. A União Europeia tem sido pioneira em políticas de mudança climática e pretende ser neutra em termos climáticos até 2050.

3.3 O papel do soft law e os litígios climáticos

Litígios climáticos e *soft law* são dois aspectos distintos, mas interconectados, da abordagem de mudanças climáticas e questões ambientais.

De um lado temos os litígios climáticos, que dizem respeito a ações legais movidas por indivíduos, comunidades, organizações ou até mesmo governos contra partes que eles acreditam ser responsáveis por contribuir para a mudança climática ou por não lidar adequadamente com seus impactos. Esses casos legais podem variar amplamente em natureza e visam vários atores, como governos, corporações ou até mesmo organismos internacionais.

A governança global climática pode desempenhar funções regulatórias por meio de uma diversidade de normas, incluindo normas legais e não legais. De acordo com a teoria da legalização, as normas internacionais que, de outra forma, poderiam ser consideradas *hard law*, devido ao seu status legal de forma jurídica (como nos tratados ou normas baseadas em costumes).

Todavia, elas podem ainda ser vistas como *soft law*, se forem imprecisas ou carecerem de mecanismos para determinar a resolução de disputas ou se forem meras Referências para a interpretação (Sarlet; Wedy; Fensterseifer, 2023). Esses casos geralmente são baseados em leis e tratados nacionais ou internacionais e podem ser ouvidos em vários tribunais,

incluindo tribunais nacionais e internacionais.

Apesar de sua natureza não vinculativa, os instrumentos de *soft law* podem ter influência e impacto significativos no comportamento de estados, empresas e outros atores. Frequentemente, eles servem como estruturas ou diretrizes para cooperação, coordenação e ação em questões específicas. No contexto das mudanças climáticas, a *soft law* pode assumir a forma de acordos internacionais, declarações, resoluções e iniciativas voluntárias.

Segundo Wendy (2023), na *soft law*, as disposições são imprecisas, não vinculativas e carecem de delegação. No âmbito do direito internacional das mudanças climáticas prevalece a *soft law*, o que é uma lástima, pois seriam necessárias normas com a previsão de obrigações precisas e juridicamente vinculativas voltadas para os cortes das emissões dos gases de efeito estufa e para a responsabilização dos emissores públicos, diretos e indiretos, e privados, notadamente as grandes companhias do petróleo e do carvão. Falta, outrossim, uma Corte Internacional com autoridade legal e moral, de aceitação global, para fazer cumprir o direito climático manifestado por normativas ao estilo *hard law*, *soft law* e normas não legais (Wendy, 2023).

Em alguns casos, princípios e normas de *soft law* podem até influenciar litígios climáticos, esclarecendo que advogados e litigantes podem usar instrumentos de *soft law* como argumentos persuasivos para demonstrar um padrão de comportamento que o réu deveria ter seguido, mesmo que o próprio instrumento de *soft law* não crie obrigações legalmente aplicáveis.

É importante reconhecer que tanto o litígio climático quanto o *soft law* desempenham papéis cruciais na abordagem das mudanças climáticas e na condução da ação climática, com o litígio climático fornecendo um caminho legal para a responsabilização e o *soft law* orientando os esforços cooperativos e estabelecendo expectativas para a cooperação global.

4 Considerações finais

À medida que as mudanças climáticas continuam a representar desafios significativos para o bem-estar das pessoas e do planeta, a interseção de litígios climáticos e a proteção dos direitos humanos se tornam cada vez mais cruciais.

Litígios climáticos podem servir como uma ferramenta vital na

busca de justiça para aqueles cujos direitos humanos foram afetados pelas mudanças climáticas. Comunidades vulneráveis, especialmente em países em desenvolvimento, muitas vezes sofrem o peso dos impactos adversos das mudanças climáticas, como eventos climáticos extremos, aumento do nível do mar e escassez de alimentos e água. Ações legais podem ajudar a responsabilizar governos e empresas por suas ações ou omissões que agravam a mudança climática e impactam desproporcionalmente as comunidades marginalizadas.

O direito de participar nos processos de tomada de decisão que afetam o meio ambiente e o clima é reconhecido pela lei internacional de direitos humanos. Litígios climáticos podem desempenhar um papel importante para garantir que comunidades e indivíduos tenham voz no desenvolvimento e implementação de políticas climáticas, promovendo transparência e inclusão na governança climática.

O litígio climático pode responsabilizar as empresas por sua contribuição para a mudança climática e sua responsabilidade no respeito aos direitos humanos. Isso é especialmente relevante nos casos em que as corporações se envolvam em atividades que resultem na degradação ambiental e impactem negativamente os direitos humanos, como direitos à terra e ao acesso à água potável.

Referências

BURGER, Michael; GUNDLACH, Justin. The status of climate change litigation: A global review. **United Nations Environment Programme**, May 2017, Columbia Public Law Research Paper. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364568>. Acesso em: 10 de junho 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Opinião Consultiva e Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares**. 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

FOUCAULT, Alain. **O clima:** história e dever do meio ambiente terrestre. Lisboa: Instituto Piaget, 2015, p. 43

HEINRICH, Boll Stiftung. Climate change and human rights can coutrs fix it, 18 mar. 2019. **The Green Political Foundation**. Disponível em: <https://www.boell.de/en/2019/03/18/climate-change-and-human>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, 2016, p.238.

OLIVEIRA, Weder Antônio de; BRASIL, Deilton Ribeiro. A concretude dos tratados internacionais ambientais para a redução dos gases efeito estufa. In: CALGARO, Cleide; BRASIL, Deilton Ribeiro; GOMES, Magno Federici. (Orgs.) **Poder de polícia, desenvolvimento sustentável e socioambientalismo**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 17-38.

SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel. Notas sobre os assim chamados “litígios climáticos” na Alemanha: o caso Lliuya vs. Rwe. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 227-296, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/24027/14490>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

VENÂNCIO, Marina Demaria. Estado de Direito Ecológico e agroecologia: repensando o Direito Ambiental rumo à sustentabilidade. In: DINNEBIER, F.; MORATO, J. R. (Orgs.). **Estado de Direito Ecológico**: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde. 2018, p.201

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2018, p.115

ZEBEN, Josephine Van. The role of the EU Charter of fundamental rights in climate litigation. **German Law Journal**, v. 22, issue 8, p. 1499-1510, December 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31990L0313>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Capítulo 4

DECISÕES MONOCRÁTICAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA

Diego Petacci¹

Muito foi escrito recentemente quanto às últimas decisões do STF sobre relações de trabalho envolvendo suposta autonomia, pejotização, terceirização, e figuras próximas ao contrato de trabalho, seja retirando a competência da Justiça do Trabalho, seja afastando o reconhecimento do vínculo empregatício.

A proposta deste artigo é a mesma, mas sem verve literária ou paixões. Apenas tentar articular alguma abstração que imprima sentido ao que a Suprema Corte vem decidindo na matéria.

Comecemos pelos 3 precedentes costumeiramente invocados pelos ministros nas reclamações constitucionais em questão.

Tema 725 (Terceirização de Atividade-Fim): “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*”.

ADC 48 (Transportador Autônomo de Cargas – TAC): “*Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”*.

ADI 5625 (Salão Parceiro): “*1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos*

¹ Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor universitário. Escritor.

termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016; 2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores”.

Com frequência avassaladora foram noticiadas decisões recentes do STF que ora excluíam a competência da Justiça do Trabalho, ora afastavam decisão reconhecedora de vínculo empregatício, de profissionais como motoristas de aplicativos, corretores, médicos, professores, corretores de imóveis, não havendo nem transporte de cargas, nem parceria de salão de beleza, nem terceirização. Qual seria a razão disso? O STF está desvirtuando seus próprios precedentes ou tentando extrair uma linha mestra de análise? Um bom indicativo parece estar na Rcl 60.436, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, vejamos este trecho:

[...] venho reiterando os seguintes vetores que orientam as minhas decisões: (i) garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição para as relações de trabalho; (ii) preservação do emprego e aumento a empregabilidade; (iii) formalização do trabalho, removendo os obstáculos que levam à informalidade; (iv) melhoria da qualidade geral e a representatividade dos sindicatos; (v) valorização da negociação coletiva; (vi) desoneração da folha de salários, justamente para incentivar a empregabilidade; e (vii) fim da imprevisibilidade dos custos das relações de trabalho em uma cultura em que a regra seja propor reclamações trabalhistas ao final da relação de emprego.

Novamente, este articulista não se coloca no papel de avaliador de acertos ou desacertos de tais concepções, aqui o objetivo é apenas entender o que os ministros em sua maioria têm decidido.

Para contextualizar, a Rcl 60.436 foi proposta por um escritório de advocacia contra acórdão do TST que manteve o reconhecimento de vínculo empregatício entre um advogado associado e tal escritório. Não havia no caso nem terceirização (a relação era bilateral, advogado associado e escritório), nem pejotização (o advogado associado autor da ação trabalhava como pessoa natural para o escritório), tampouco transporte de cargas ou parceria em salão de beleza, temas dos precedentes acima destacados. O TST pautou sua decisão na ausência de prova de autonomia na prestação de serviços envolvendo a atividade-fim do escritório.

Prossegue o Min. Barroso:

Considero, portanto, que o contrato de emprego não é a única forma de se estabelecerem relações de trabalho. Um mesmo mercado pode comportar alguns profissionais que sejam contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho e outros profissionais cuja atuação

tenha um caráter de eventualidade ou maior autonomia. Desse modo, são lícitos, ainda que para a execução da atividade-fim da empresa, os contratos de terceirização de mão de obra, parceria, sociedade e de prestação de serviços por pessoa jurídica (pejotização), desde que o contrato seja real, isto é, de que não haja relação de emprego com a empresa tomadora do serviço, com subordinação, horário para cumprir e outras obrigações típicas do contrato trabalhista, hipótese em que se estaria fraudando a contratação.

À primeira vista, o uso de precedentes díspares pelos ministros para analisar temas que tratam da configuração da relação de emprego pode parecer um equívoco, quase uma katchanga jurídica, mas um olhar mais atento deixa clara a intenção do STF em suas mais recentes decisões: destacar a prevalência do acordo de vontades, o *animus contrahendi*.

Na medida em que outras modalidades de trabalho, que não observem os parâmetros da CLT, seriam válidas, conforme trecho já destacado da decisão do Ministro Barroso, não seria cabível cogitar uma fraude sem a presença de um elemento inequívoco de simulação (CC, art. 167), atrelado a um claro vício na manifestação de vontade (erro, dolo ou coação – CC, art. 171, II).

Vejamos outro trecho da mesma decisão do Min. Barroso na Rcl 60.436:

Além disso, inexiste na decisão reclamada qualquer elemento concreto de que tenha havido coação na contratação celebrada. O reconhecimento da relação de emprego se pautou, eminentemente, no fundamento de que as atividades desempenhadas pela trabalhadora se enquadravam nas atividades-fim da empresa. (grifei)

Aqui está a importância emprestada pela Suprema Corte à manifestação de vontade nas relações de trabalho, ela será válida se dada livre de vícios de consentimento, mesmo que supostamente possam estar presentes requisitos materiais da relação de emprego.

E aqui jaz o nó que a jurisprudência trabalhista parece não estar enxergando. A partir do momento em que concebo válido um desses contratos de prestação de serviços, não faz sentido atribuir ao tomador o ônus de provar sua validade, pois seria o mesmo, aos olhos do STF, que presumir a fraude.

Explico.

Sempre que um trabalhador postula a declaração de relação de emprego em juízo e o tomador, réu, invoca autonomia, eventualidade ou outra hipótese que descaracterize a relação de emprego, a jurisprudência

trabalhista interpreta tais fatos como impeditivos, ou modificativos, ou extintivos de direito (CLT, art. 818, II), atribuindo ao réu o ônus da prova. Em outras palavras, até prova em contrário, presume-se existente a relação de emprego invocada.

Ora, se o suposto contrato de prestação de serviços é válido até se provar uma fraude, na visão da maioria dos ministros do STF, seria do trabalhador, o autor da demanda, o ônus de provar tal fraude.

Um trecho de outro voto do Ministro Barroso, na Rcl 47.843, que declarou a licitude da prestação de serviços de médicos por PJ, sinaliza nesse exato sentido:

Repto que, se estivéssemos diante de trabalhadores hipossuficientes, em que a contratação como pessoa jurídica fosse uma forma, por exemplo, de frustrar o recebimento do fundo de garantia por tempo de serviço ou alguma outra verba, aí acho que uma tutela protetiva do Estado poderia justificar-se. Gostaria de lembrar que não são só médicos, hoje em dia – que não são hipossuficientes –, que fazem uma escolha esclarecida por esse modelo de contratação. Professores, artistas, locutores são frequentemente contratados assim, e não são hipossuficientes. São opções permitidas pela legislação. (grifei).

Convém ponderar que o STF não vem se atendo ao conceito celetista de trabalhador hipersuficiente, qual seja, aquele com ensino superior completo e remuneração igual ou superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social (CLT, art. 444, p. ú.), destacando muito mais a livre consciência na contratação, isto é, a autonomia consciente da vontade.

Nessa toada, ora o STF afasta a caracterização da relação de emprego por ausência de prova de vício de consentimento e simulação (por exemplo a própria Rcl 60.436), ora afasta a própria competência da Justiça do Trabalho, ao entender que a relação jurídica básica seria civil ou comercial e que caberia à Justiça Comum deliberar sobre a validade daquele contrato (por exemplo, o TAC, conforme a ADC 48, e recentemente o caso do motorista do Cabify na Rcl 59.795).

Em decisão do início de agosto de 2023, o Min. Alexandre de Moraes cassou um acórdão do TRT5 que reconhecia vínculo empregatício entre uma médica e um hospital (Rcl 61115), julgando “improcedente a ação trabalhista” (sic), nos seguintes termos:

A interpretação conjunta dos precedentes permite o reconhecimento da licitude de outras formas de relação de trabalho que não a relação de emprego regida pela CLT, como na própria terceirização ou em casos específicos, como a previsão da natureza civil da relação decorrente de

contratos firmados nos termos da Lei 11.442/2007 (ADC 48 e ADI 3.961), ou a previsão da natureza civil para contratos de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352/2016 (ADI 5.625, red. para o Acórdão Min. NUNES MARQUES).

Também em agosto de 2023, decisão similar, do Ministro Gilmar Mendes, na Rcl 55769, afastou acórdão do TRT3 que reconhecia vínculo empregatício entre advogada associada e escritório de advocacia, destacando a validade de novas modalidades contratuais, nos seguintes termos:

Cumpre registrar que, por ocasião do julgamento da ADPF 324, apontei que o órgão máximo da justiça especializada (TST) tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócuia de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria.

Dessa forma, os únicos produtos da aplicação da então questionada Súmula 331/TST, no contexto da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, mostrou-se ser a insegurança jurídica e o embate institucional entre um tribunal superior e o poder político, ambos resultados que não contribuem em nada para os avanços econômicos e sociais de que temos precisado.

Registrei, ainda, que o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. Com efeito, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização.

Não foi outro o entendimento assentado no voto condutor do tema 725, Rel. Min. Luiz Fux, segundo o qual os valores constitucionais do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, porquanto é essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

[...]

Nesses termos, tendo em vista o entendimento firmado no julgamento da ADPF 324, conclui-se que, do mesmo modo que, via de regra, não se configura relação de emprego entre a contratante e o empregado da empresa contratada na terceirização, também não há como se reconhecer o vínculo empregatício entre sociedade de advogado e associados a essa vinculados por meio de contrato objetivando a prestação de serviços

inerentes à atividade-fim da pessoa jurídica.

Em setembro de 2023, o Min. Dias Toffoli também afastou decisão da Justiça do Trabalho que reconhecia vínculo de emprego entre advogado associado e escritório de advocacia na Rcl 61511 com base nos mesmos precedentes e argumentos.

É cediço que o princípio da primazia da realidade norteia o Direito do Trabalho no sentido de conferir maior valor ao terreno dos fatos do que a documentos escritos, e esse sempre foi o encaminhamento que Juízes e Tribunais trabalhistas deram à matéria. Contudo, é forte o movimento na Suprema Corte no sentido de conferir maior autonomia aos atores contratuais, especialmente em relações de trabalho que envolvam profissionais liberais, com alto grau de escolaridade, para que disciplinem sem amarras suas relações contratuais.

É um contexto de flexibilização do art. 9º da CLT, bem como de outras normas de ordem pública, e a prevalência do *animus contrahendi*. O que na prática representa a subversão dos princípios clássicos que fundamentam o Direito do Trabalho, notadamente a primazia da realidade e a irrenunciabilidade, em prol de um modelo de maior autonomia na autorregulação contratual.

É óbvio que a construção dessa jurisprudência levará tempo para se assentar em seus limites, e que despertará múltiplas configurações contratuais de juridicidade duvidosa, como contrato autônomo de um azulejista em uma obra, ou de um garçom de um restaurante.

Os parâmetros minimamente seguros que podemos traçar neste momento são os seguintes: a) a manifestação de vontade do interessado deve ser livre e consciente, o que abre margem para se invocar o vício de erro de pessoas menos esclarecidas por exemplo; b) o argumento de “coação econômica”, no qual tradicionalmente a Justiça do Trabalho apoia suas decisões, não comove esta composição do STF, sendo necessária a prova de um vício real de consentimento; c) argumentos que tratem de atividade-fim ou subordinação estrutural inexoravelmente serão reputados como afrontosos à tese fixada no tema 725 e resultarão em anulação dos julgados por meio de reclamação constitucional; d) o ônus da prova da simulação e do vício de consentimento ficará a cargo do trabalhador, não bastando a mera inversão do ônus da prova amparada em suposição de fraude; e) elementos do próprio contrato podem apoiar a constatação de fraude, como cláusulas que fixem horário rígido de trabalho, sempre tomando por base o conceito clássico de subordinação quanto ao modo de

execução de serviços.

É seguro dizer que o grau de escolaridade e esclarecimento do profissional será um forte requisito na análise da capacidade de autorregulação e na higidez de tal manifestação de vontade. Mas obviamente as premissas terão de ser testadas e debatidas em ainda um elevado número de demandas das mais variadas classes de trabalhadores a fim de se construir um arcabouço jurisprudencial sólido.

O cenário atual é deveras tormentoso, polêmico e inseguro. Mas podemos perder tempo criticando tais decisões e “pregando para convertidos”, ou, ao revés, buscar entender as linhas mestras dessa jurisprudência e dar o mínimo de justiça e previsibilidade ao sistema. A escolha consciente é sempre nossa.

Referências

CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho.** 19^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** Minas Gerais: Juspodivm, 2023.

LENZA, Pedro; ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 .

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 41. ed. São Paulo : LTr, 2018.

RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo : LTr, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado.** Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Capítulo 5

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO: ORIGEM, EVOLUÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO

Haydée Priscila Pinto Coelho de Sant'ana¹

Hugo Assis Pinheiro²

1 Introdução

O Direito do Trabalho consiste em um direito social que surgiu na segunda metade do século XIX, sendo fruto do sistema capitalista de produção, o qual, pautado nos postulados éticos, morais, jurídicos e políticos do liberalismo, proporcionou as condições para o surgimento desse ramo especializado do Direito Privado.

No curso da Primeira Revolução Industrial, o sistema capitalista de produção foi sustentado principalmente pelos postulados do individualismo, da igualdade formal e do contratualismo, os quais rejeitavam a ideia de coletivização ou associativismo, inseriam o indivíduo no centro da sociedade e privilegiavam a validade das manifestações de vontade constantes de contratos individuais, recusando a ideia de intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas.

A consequência prática da aplicação desse conjunto de ideais, durante aquele período histórico, foi a submissão integral dos trabalhadores às condições impostas pelos proprietários dos meios de produção, pois inexistiam direitos mínimos assegurados pela legislação estatal, e a igualdade meramente formal não correspondia à realidade, uma vez que os trabalhadores não tinham a oportunidade efetiva de negociar as condições

¹ Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Aprovada em 1º lugar no concurso para a Magistratura do Trabalho do TRT da 6ª Região e em 10º lugar no TRT da 19ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD – Centro de Atualização em Direito. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Direito do Trabalho. Email: prof.haydeepriscila@yahoo.com

² Assistente de magistrado no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, desde 2015. Aprovado em concursos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Ministério Público de Minas Gerais, do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESUP - Escola Superior Associada de Goiânia. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC Email: assis.hugo@gmail.com

de trabalho.

Diante disso, a Primeira Revolução Industrial ficou marcada pela enorme exploração do trabalho humano, com jornadas excessivamente longas, inclusive para crianças e adolescentes, em ambientes que não ofereciam condições mínimas de higiene, saúde e segurança.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho surgiu como uma reação aos postulados do liberalismo, sendo caracterizada tanto pela organização de trabalhadores em associações profissionais, com o objetivo de pleitear melhores condições coletivamente, quanto pela intervenção do Estado para regulamentar as relações de trabalho.

As Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Weimar), de 1919, deram início ao constitucionalismo social, contemplando preceitos específicos de observância nas relações de trabalho.

O ano de 1919 também foi marcado pela celebração do Tratado de Versalhes, que encerrou a 1^a Guerra Mundial, criou a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT, entidade intergovernamental que é responsável por regulamentar padrões mínimos trabalhistas internacionais. É interessante destacar que a criação da OIT antecede o surgimento da Organização das Nações Unidas - ONU, que somente ocorreu em 1945, após a 2^a Guerra Mundial.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever direitos de natureza social, estabelecendo, por exemplo, em seu artigo 121, regras expressas sobre salário, jornada de trabalho, repouso, férias e idade mínima para admissão ao trabalho.

A tendência iniciada na referida Constituição teve continuidade nos textos constitucionais de 1937, 1946, 1967 e 1969, mas a Constituição de 1988 representou grande evolução quanto à fundamentalidade do Direito do Trabalho, como se verá adiante.

2 O direito do trabalho como direito fundamental

A Constituição Brasileira de 1988, fruto do paradigma democrático, participativo e inclusivo, elevou os direitos sociais ao núcleo constitucional, marcando a sua preeminência, diferentemente do que ocorreu nas constituições anteriores. De fato, a Carta de 1988 é considerada marco para a fase democrática do Direito do Trabalho.

O texto constitucional vigente inseriu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, equiparou os valores sociais do trabalho e

da livre iniciativa e estabeleceu a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica e base da ordem social (arts. 1º, III e IV; 170 e 193 da CF).

No Estado Democrático de Direito, o Direito do Trabalho passa a ser pensado em seu aspecto não apenas formal, mas sim operado de maneira inclusiva, objetivando a igualdade substancial. Despontou-se uma complexidade de instrumentos para a superação dos postulados meramente formais e programáticos, objetivando alcançar as várias facetas da igualdade substancial, isto é, política, social, jurídica e econômica, cabendo ao Estado velar pela sua concretização.

Assim é que os direitos trabalhistas passam a integrar o âmago da Carta Federal de 1988, considerados como Direitos e Garantias Fundamentais (título II da CF/88), sendo o direito ao trabalho um Direito Social (art. 6º da CF).

Há a vinculação positiva do Estado, que passa a assumir a defesa e a promoção desses direitos. Nesse contexto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais irradia seus efeitos para obrigar, também, os particulares à sua observância e concretização.

Ressalta-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em regra, possuem aplicação imediata, salvo exceções constitucionais, a exemplo do direito de greve dos servidores públicos, dependente de regulamentação. Ainda assim, mesmo esses direitos que demandam regulamentação (tal como o citado no exemplo), denotam mínimo de eficácia, seja para garantir o seu exercício (por exemplo, a possibilidade do exercício do direito de greve por essa categoria, observada, por analogia, a Lei 7.783/89, tal como já decidiu o STF, consideradas as peculiaridades do serviço público), seja para inviabilizar a promulgação de lei infraconstitucional que afronte o respectivo direito fundamental.

Isso porque a vedação do retrocesso social é um dos preceitos básicos previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a melhoria da condição social do trabalhador como critério a ser observado pelo intérprete e pelo legislador ordinário. Nesse sentido é, também, o art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil, que dispõe sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos de natureza social.

Assim, os direitos trabalhistas, elevados ao plano constitucional e considerados como direitos fundamentais, não podem ter seu conteúdo restringido pela interpretação do operador jurídico ou pela atividade

normativa infraconstitucional, salvo se a própria Constituição assim autorizar, como ocorreu em relação às convenções coletivas de trabalho e aos acordos coletivos de trabalho, que representam importantes instrumentos de flexibilização do Direito do Trabalho.

3 Os direitos fundamentais do trabalho e as negociações coletivas

A liberdade sindical e o direito de negociação coletiva encontram amparo nas Convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho, instrumentos normativos que integram o rol de convenções fundamentais da OIT (*core obligations*). Sendo assim, ainda que o Brasil não tenha ratificado a Convenção 87, o Estado tem o compromisso de promover e tornar realidade os preceitos nela contidos, pelo fato de ser membro da OIT, consoante disposto na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 reconheceu as convenções e os acordos coletivos de trabalho como formas de flexibilização da aplicação de normas trabalhistas (art. 7º, XXVI, CF), valorizando a autonomia privada coletiva e a atuação dos sindicatos na defesa dos interesses das respectivas categorias profissionais e econômicas.

No entanto, o texto constitucional não apresentou um rol de matérias que poderiam ser objeto de negociação coletiva, tampouco especificou quais deveriam ser os limites de flexibilização ou restrição de direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico, razão pela qual, a partir da promulgação do texto constitucional até o ano de 2017, houve intenso debate na comunidade jurídica sobre tais temas.

Durante esse período, coube ao Poder Judiciário a atribuição de interpretar o texto constitucional e consolidar entendimentos sobre temas específicos, como ocorreu, por exemplo, em relação ao intervalo intrajornada, que foi objeto do enunciado nº 437 da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Conforme entendimento sedimentado pelo C. TST na Súmula 437 do C. TST, um empregado que teve seu intervalo intrajornada reduzido, com amparo em uma convenção ou um acordo coletivo de trabalho, poderia pleitear o reconhecimento da invalidade da norma coletiva nesse aspecto e a condenação do empregador ao pagamento de horas extras decorrentes da redução irregular do período para descanso e alimentação.

Nos últimos anos, com o objetivo de resguardar direitos fundamentais dos trabalhadores, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou entendimentos sobre os limites da negociação coletiva em relação a diversos outros temas, como acordo para prorrogação e compensação de jornada (Súmula 85) e participação nos lucros e resultados (Súmula 451), por exemplo.

Contudo, em julho de 2017, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.467/2017, denominada como Reforma Trabalhista, que emergiu como efeito *backlash* em relação ao entendimento que prevalecia no Tribunal Superior do Trabalho quanto aos limites da flexibilização do Direito do Trabalho por meio de negociação coletiva.

Nesse sentido, embora a Reforma Trabalhista tenha impactado em todo o sistema jurídico trabalhista, ela conferiu papel de destaque aos instrumentos normativos, majorando, significativamente, a amplitude das negociações. Valorizou-se os acordos e convenções coletivas de trabalho, possibilitando-se a prevalência do negociado em detrimento do legislado.

Conforme disposto no art. 611-A da CLT, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre um dos seus quinze incisos, como aquele que autoriza a redução do intervalo intrajornada para até trinta minutos, dentre outros, salientando que o rol é exemplificativo e não taxativo.

Trata-se de importantíssima ferramenta conferida pela Reforma Trabalhista às partes coletivas contrapostas, que têm a possibilidade de ajustarem suas dissidências de modo autônomo e diretamente, por impulso e atuação próprias, celebrando o diploma coletivo negociado que terá validade em detrimento da fonte formal heterônoma.

Sem dúvida, a Reforma Trabalhista enalteceu o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, que, de acordo com o ministro Mauricio Godinho Delgado:

traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. (DELGADO, 2019, p.1574).

Américo Plá Rodriguez, por sua vez, ensina que:

em alguns setores da vida social o legislador transplantou a autonomia da vontade do terreno individual para o terreno coletivo. Hoje em dia, as organizações do trabalho são pessoas que, em primeiro lugar, gozam plenamente dessa autonomia, enquanto os indivíduos só desfrutam

dela na medida em que o gozo parece compatível com o interesse social. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 66).

No particular, indaga-se: a previsão do art. 611-A da CLT confere aos entes coletivos autônomos ampla possibilidade de negociação? Quais os limites? É possível, mediante norma coletiva, diminuir ou restringir os direitos fundamentais dos trabalhadores?

Como solução para harmonização entre as normas autônomas juscoletivas, notadamente as normas sobre direitos fundamentais, e o estuário trabalhista heterônomo estatal, exsurge o princípio da adequação setorial negociada.

O ministro Maurício Godinho Delgado elenca, de acordo com o aludido axioma, duas hipóteses objetivamente fixadas para a prevalência do negociado sobre o legislado:

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2019, p. 1577).

Na primeira hipótese, as normas coletivas aumentam o patamar setorial de direitos trabalhistas, comparadas com o modelo heterônomo estatal, mantendo-se, assim, a harmonização com o axioma da indisponibilidade de direitos que é intrínseco ao Direito Individual do Trabalho. No particular, Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona que, a partir da indisponibilidade, não se admite que o empregado, em tese, renuncie, “ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são, em sua grande maioria, de ordem pública, dotadas de natureza cogente.” (GARCIA, 2023, p. 95).

No segundo caso especificado, isto é, na hipótese de as normas coletivas transacionarem direitos de indisponibilidade apenas relativa e não de indisponibilidade absoluta, há, de fato, a afronta ao princípio da indisponibilidade de direitos, entretanto, atinge apenas aquelas parcelas de indisponibilidade relativa, assim consideradas aquelas que não se amoldam como direitos fundamentais do trabalhador ou, ainda, aquelas que, mesmo se inserindo no rol constitucional de garantia do patamar mínimo civilizatório, possuam expressa permissão de disposição, a exemplo do artigo 7º, VI da CF/88, que prevê como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Feitas essas considerações, é de se ressaltar que, face ao que dispõem os princípios da progressividade e de vedação do retrocesso social, os direitos fundamentais do trabalho, em se tratando de parcelas de ordem pública, isto é, elevados ao núcleo constitucional e dotados de indisponibilidade absoluta, podem ser objeto de normas autônomas juscoletivas apenas se estabelecerem um padrão setorial de direitos mais elevado do que aquele decorrente do padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável.

Conclui-se, dessa forma, que a previsão do art. 611-A da CLT não confere aos entes coletivos autônomos ampla possibilidade de negociação, sendo necessário, à luz do princípio da adequação setorial negociada, o respeito às normas de indisponibilidade absoluta, notadamente os direitos fundamentais dos trabalhadores que não podem ser restringidos ou diminuídos.

Nesse contexto, embora o rol constante do art. 611-A da CLT seja exemplificativo, permitindo o legislador que, além dos quinze incisos lá previstos, outros direitos possam prevalecer sobre a legislação, nem todos os direitos trabalhistas poderão ser transacionados, com supressão ou redução, através da norma coletiva, sendo necessária, portanto, a garantia dos direitos fundamentais do trabalho.

Tanto é assim, que a Reforma Trabalhista incluiu o art. 611-B na CLT, que dispõe ser objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos especificados nos seus trinta incisos, dentre os quais se encontram, em sua maioria, os direitos fundamentais do trabalho previstos no rol dos arts. 7º ao 9º da CF, como o adicional de pelo menos 50% sobre as horas extras, a licença-maternidade com a duração mínima de 120 dias e o direito de greve, por exemplo.

Sobreleva notar o que dispõe o enunciado nº 28 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

Enunciado n.º 28. da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA - Negociado Sobre Legislação: Limites - Nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, as convenções e acordos coletivos de trabalho não podem suprimir ou reduzir direitos, quando se sobreponerem ou conflitarem com as Convenções Internacionais do Trabalho e outras normas de hierarquia constitucional ou supralegal relativas à proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Acrescenta-se, ainda, o compromisso assumido pelo Brasil, face à Agenda 2030 da ONU, que tem como um de seus Objetivos

de Desenvolvimento Sustentável (ODS n.º 8) o trabalho decente e o crescimento econômico, visando promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos.

Dessa feita, os direitos fundamentais do trabalho, diante do que dispõem os princípios do progresso e não retrocesso e a adequação setorial negociada, não serão objeto de instrumento normativo que ocasione renúncia, supressão ou diminuição, sob pena de afronta à dignidade do trabalhador e ao valor social do trabalho.

4 O STF e as negociações coletivas (ADPF 323 e TEMA 1046 de Repercussão Geral)

Em meados de 2018, a questão referente aos limites da negociação coletiva chegou ao Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário com agravo 1.121.633/GO, em que se discutia, sob o prisma dos arts. 5º, incisos II, LV e XXXV; e 7º, incisos XIII e XXVI, da CF, a validade de norma coletiva de trabalho que restringe direito trabalhista, que não seja absolutamente indisponível, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias.

O caso específico envolvia um acordo coletivo de trabalho, celebrado entre uma empresa do ramo de mineração e o sindicato da respectiva categoria profissional, em que houve supressão do direito ao recebimento de horas *in itinere*, aquelas despendidas pelos trabalhadores no trajeto entre o local de trabalho e a residência, que encontravam previsão no art. 58, §2º, da CLT, com redação anterior à vigência da Reforma Trabalhista.

O objetivo da Suprema Corte foi sedimentar, no Tema 1046 de Repercussão Geral, a evolução da jurisprudência quanto à controvérsia acerca da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, com alcance amplo, não se restringindo à matéria objeto do processo.

Ao proferir o acórdão nos autos do ARE 1.121.633/GO, o relator ministro Gilmar Mendes destacou a necessidade de reconhecer a força normativa dos acordos e convenções coletivas, reduzindo a intervenção do Poder Judiciário nos instrumentos normativos celebrados. Conforme constou na decisão:

[...] é preciso aceitar que a Constituição de 1988 aconteceu; e, com ela, uma nova configuração entre público e privado, entre a esfera estatal e a sociedade. Simplesmente negar a autonomia coletiva para

deliberar sobre condições de trabalho próprias a determinada categoria, promovendo anulações seletivas daquilo que foi acordado entre forças econômicas e profissionais autônomas, acaba por representar uma reedição da tutela do Estado sobre os sindicatos.

Ademais, a decisão teve como lastro três premissas elementares: o princípio da equivalência entre os negociantes, a aplicação da teoria do congregamento na apreciação de normas coletivas e a disponibilidade ampla dos direitos trabalhistas em normas coletivas, resguardado o patamar mínimo civilizatório.

Nesse sentido, a ideia de equivalência entre as partes celebrantes dos acordos e convenções coletivas foi adotada com o intuito de afastar a possibilidade de interpretação de tais instrumentos normativos com fundamento em princípios inerentes ao Direito Individual do Trabalho, como os princípios da primazia da realidade e da proteção. Segundo constou no acórdão, a participação obrigatória do sindicato da categoria profissional, prevista no art. 8º, III e VI, da CF, seria suficiente para afastar a desigualdade entre os trabalhadores e os empregadores, caracterizando a equivalência entre os entes coletivos.

A teoria do congregamento, por sua vez, parte do pressuposto de que os acordos e convenções coletivas são frutos de concessões mútuas entre as partes, razão pela qual tais instrumentos devem ser interpretados de forma conjunta, não sendo admitidos o exame individual e a anulação parcial.

Por fim, ao se referir à necessidade de resguardar o patamar mínimo civilizatório, a decisão prolatada ratificou o entendimento de que os acordos e as convenções coletivas somente podem transacionar em relação a parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa, resguardando-se os direitos absolutamente indisponíveis, os quais caracterizam o patamar civilizatório mínimo, composto, em linhas gerais, pelas normas previstas na Constituição Federal, normas dispostas em tratados em convenções internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico interno e normas infraconstitucionais que asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores.

Com base em tais premissas, o C. STF delimitou as balizas sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, definindo, em junho de 2022, a seguinte tese no Tema 1046 de Repercussão Geral:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da

explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

Por outro lado, em meados de 2022, o Supremo Tribunal Federal proferiu outra importante decisão sobre as negociações coletivas de natureza trabalhista, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, que tinha como objeto da Súmula 277 do C. TST.

O entendimento até então consolidado pelo C. TST no enunciado 277, fundamentado na teoria da aderência limitada por revogação, era no sentido de que as cláusulas dos acordos e das convenções coletivas integravam os contratos individuais de trabalho inclusive após o eventual término do prazo de vigência dos instrumentos normativos, possuindo ultratividade, somente podendo ser modificadas ou suprimidas mediante nova negociação coletiva de trabalho.

Contudo, a Suprema Corte entendeu que o citado entendimento é incompatível com a Constituição Federal, especialmente com os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da segurança jurídica (arts. 2º, 5º, caput, e 60, § 4º, inciso III, CF).

Por essas razões, o C. STF julgou procedente a ADPF nº 323 e declarou a inconstitucionalidade da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, assim como reconheceu a inconstitucionalidade de interpretações e de decisões judiciais que apliquem o princípio da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.

É válido destacar que a decisão proferida pelo Supremo vai ao encontro do conteúdo do art. 614, §3º, da CLT, com a redação atribuída pela Reforma Trabalhista, que vedou expressamente a ultratividade de convenções e acordos coletivos de trabalho.

Essas decisões representam, assim, o ativismo judicial da Suprema Corte que, nos últimos anos, vem solucionando profundas controvérsias sobre as negociações coletivas trabalhistas, proferindo decisões que reforçam a autonomia privada coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, respeitados os direitos fundamentais absolutamente indisponíveis e o prazo de vigência dos instrumentos normativos.

5 Considerações Finais

As questões referentes aos limites da negociação coletiva e à possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado representaram

um dos grandes debates sobre direitos fundamentais trabalhistas na última década, tendo encontrado soluções pelas vias legislativa e judiciária, conforme exposto em linhas anteriores.

Doravante, a comunidade jurídica deverá buscar soluções para as controvérsias provocadas nas relações de trabalho pelas inovações oriundas da evolução tecnológica, que causaram e ainda causarão importantes modificações nas formas de prestação de serviços.

Nesse sentido, a 4^a Revolução Industrial, também conhecida como Revolução 4.0, é marcada, principalmente, pelo trabalho sob demanda em plataformas digitais controladas por sofisticados algoritmos (“uberização”), pela *gig economy* (“economia dos bicos”) e pela substituição de trabalhadores pela inteligência artificial.

Embora a legislação trabalhista tenha passado por uma reforma em 2017, o ordenamento jurídico vigente ainda não é suficiente para solucionar os conflitos oriundos de tais mudanças, sobretudo por não contemplar regulamentação para a proteção em face da automação mencionada no art. 7º, XXVII, da CF.

Ademais, vale salientar que a regulamentação do teletrabalho na CLT foi demasiadamente limitada (arts. 75-A a 75-F), nem mesmo abrangendo questões referentes a doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho envolvendo os trabalhadores remotos.

É importante destacar, ainda, que a Lei 14.297/2022, que dispõe os trabalhadores que prestam serviços por meio de aplicativos de entrega, somente teve vigência durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – Espin decorrente do Covid-19. Dessa forma, com o término da Espin, em abril de 2022 (Portaria GM/MS Nº 913/2022), esse grande grupo de trabalhadores deixou de ter amparo legal para direitos fundamentais como o fornecimento de água potável e de sanitários, além de seguro contra acidentes de trabalho.

Dessa forma, nos próximos anos, será necessário encontrar soluções que conciliem a utilização das inovações tecnológicas no mercado de trabalho e a preservação de direitos trabalhistas fundamentais, em respeito à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à proteção em face da automação, à redução dos riscos inerentes ao trabalho e à promoção da saúde e do meio ambiente do trabalho saudável e seguro.

Referências

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. Ed. São Paulo: Ltr, 2019.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** 17. Ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: Juspodivm.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** 3^a ed. atual. São Paulo: LTR, 2000.

Capítulo 6

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES SOB A ÉGIDE DA GUARDA COMPARTILHADA

Dárcio Lopardi Mendes Júnior¹

1 Introdução

A lei nº 13.058/2014, que rege a guarda compartilhada, retirou lacunas de interpretação que já se mostraram equivocadas advindas da então lei nº 11.698/2008. Restou, portanto, estabelecido o compartilhamento da guarda como regra no direito brasileiro

A guarda compartilhada sempre se apresentou com a finalidade de fomentar o diálogo e convivência salutar entre filhos, pais e mães, bem como demais e eventuais responsáveis por sua criação e educação e, consequentemente, o pleno desenvolvimento psíquico das crianças.

É impossível pensar o instituto da guarda compartilhada sem a devida reflexão acerca do instituto da responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade inerente aos responsáveis no que tange aos atos e comportamentos dos filhos menores de idade.

As diversas formas de se encarar o instituto da responsabilidade civil podem ser remetidas a novas maneiras de lidar com a obrigação de reparar eventuais danos, tanto no plano subjetivo quanto no objetivo, sendo que a partir daí o que irá se diferenciar no aspecto da reparação será a apuração ou não de culpa.

A responsabilidade civil, portanto, em sua plenitude, tem como linha de partida, para toda sua evolução, a conduta humana, haja vista que toda manifestação da atividade daquela traz em si o problema da responsabilidade, razão pela qual o ser humano, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado.

É perceptível que o ponto crucial acerca da conduta humana é

¹ Advogado. Professor. Mestre em Direito das Relações Sociais e Econômicas pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Coautor do livro “Oratória fundamental aplicada a concursos” pela editora D’Plácido. E-mail: darciolopardi@gmail.com

a voluntariedade, configurando-se esta no discernimento e consciência daquilo que se faz. Este é o motivo pelo qual a conduta humana só será reconhecida a partir da presença do elemento volitivo, com as ressalvas, é claro, dos casos previstos em lei, tal como as forças naturais invencíveis.

Tratar sobre responsabilidade civil é tratar sobre os direitos da personalidade e a proteção de direitos cujo conteúdo não se materializa, ou seja, aquele desprovido de cunho pecuniário imediato.

Qualquer espécie de dano sofrido nesse sentido recai sobre a esfera personalíssima da pessoa, ao passo que toda e qualquer reparação deve ser *in natura*, partindo-se da conceituação anteriormente exposta e, sendo esta impossível, aí sim convertida em perdas e danos.

Manifesto entendimento de que os direitos da personalidade transcendem ao direito positivado, porquanto são direitos inerentes à condição humana, pois na medida em que a sociedade evolui, novos direitos, conceitos, deveres e obrigações surgem e, por tal razão, não há como limitar o que deve ou não ser tutelado pelo Estado.

Este artigo apresenta como objetivo o desenvolvimento da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores sob a égide da guarda compartilhada. Será analisado seu campo de atuação que visa a impedir a transgressão das normas para que sejam estas efetivamente cumpridas. O elemento a ser abordado para a exposição do tema será a conduta humana, pois é justamente com base nela que o instituto da responsabilidade civil, seja a subjetiva ou objetiva, foi tomado forma para atender aos anseios sociais, até mesmo porque o ser humano está sempre em constantes mudanças e evolução, o que faz com que o instituto ora tratado se apresente de diversas formas e em diversas realidades.

2 Breve histórico

Temos por inegável que o sentimento de justiça acompanha o ser humano desde os tempos primitivos, época em que tínhamos a então denominada vingança pessoal ou justiça privada. Tudo se resolvia à sua própria maneira.

Foi com o Código de Hamurabi (2000 a. C.), que o primeiro critério para resarcimento de dano surgiu: era o mal pelo mal; olho por olho, dente por dente. Exemplo disso é o caso de um pedreiro que constrói uma casa e esta cai e mata o filho do dono. Logo, pela forma de reparação da época, o pai que perdeu seu filho com a queda da casa teria o direito de

matar o filho do pedreiro que a construiu.

Mas ainda se estava diante de uma vingança privada, mas em que pese o caráter nada razoável da busca por algum tipo de reparação, pode-se dizer já ter sido uma evolução, pois ao menos o modo de vingança passou a ser estipulado na mesma proporção da agressão sofrida. Naquele contexto, o sentimento pessoal e o subjetivismo foram tolhidos.

Não havia, até então, preocupação com o elemento culpa. Bastava a existência do dano para haver punição, o que nos leva a crer que a responsabilidade nasceu objetiva.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias já afirmava que “esse critério duplicava o dano, pois onde era um, passavam a dois os lesados” (Aguiar dias. 4^a Ed.).

Mas não há como conceber que um mal se paga com outro mal. A principal figura era o agressor, o causador do dano. As atenções se voltavam para o agente que ocasionava a lesão. O objetivo era puni-lo a qualquer custo, como se tal punição fosse capaz de fazer com que o lesado fosse reparado.

Na realidade, o que ocorria era o mais primitivo sentimento humano, qual seja, a vingança e satisfação em ver aquele que lhe causou um mal ser punido.

Com a evolução dos conceitos e pensamentos filosóficos, a Lei de Talião começou a se distanciar e a perder espaço para os novos princípios éticos que nasciam, o que fez surgir um período de composição, em que a vítima exigia o resarcimento *in natura* ou o pagamento em dinheiro, com o consequente perdão ao ofensor.

Houve uma considerável evolução social e cultural. Mas onde existem pessoas, existem problemas, e tal como nos dias atuais, teve início uma grande vulgarização, com as pessoas agindo de forma a banalizar a busca pela devida reparação, o que fez surgir a chamada composição tarifada, a ser fixada pela autoridade competente.

Começava, então, uma interferência direta do Estado no que concerne a resguardar o interesse do ofendido. Superava-se a vingança privada, mas ainda prevalecia o dano por si só.

O direito romano, como um dos marcos divisórios da evolução da responsabilidade civil nos aspectos dos danos aos direitos da personalidade, até determinada época (aproximadamente o século V antes do final da República), não considerava a culpa para fins de reparação do dano.

Por influência da filosofia grega, surgiu em Roma a teoria da culpa, com a consequente aparição da responsabilidade subjetiva. Começava, assim, uma enorme valoração da atitude do agente, sem se voltar os olhos apenas para o dano.

A responsabilidade subjetiva ganhou força no Cristianismo com o direito Canônico e a investigação da intenção/causa era o que direcionava a responsabilização naquela época, havendo, inclusive, dispositivos que regulavam a ruptura da promessa de casamento, donde havia uma condenação especial. Era também prevista a possibilidade de lesões decorrentes da calúnia e da injúria, com sanções de ordem material e moral.

Contudo, a aferição da culpa ganhou mais força ainda com a revolução industrial, justamente pelo fato de que o poderio econômico e do desenvolvimento se sobreponham aos dos cidadãos, pois, como não poderia ser de outra forma, com todas aquelas pessoas laborando em prol da industrialização, muitos acidentes ocorriam.

Basta imaginar se à época ainda vigorasse a Lei de Talião ou se a responsabilidade fosse objetiva. Certamente os empresários, fábricas e indústrias iriam literalmente “quebrar”. Era o preço que se pagava pelo desenvolvimento. Era conveniente ao capitalismo, afinal, como um mero trabalhador teria condições de levar adiante uma demanda judicial contra os fortes empresários da época e ainda ter que provar o que se alegava? Praticamente impossível.

A partir do século XX, com os movimentos sociais, a responsabilidade objetiva novamente apareceu, com o intuito de facilitar a reparação para aqueles notoriamente mais fracos, hipossuficientes. Um exemplo disso se deu nos Estados Unidos da América com o surgimento de leis com base na teoria objetiva, como a dos acidentes ferroviários em 1908 e a de transporte marítimo em 1915.

Começava uma tendência acerca da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma bem nebulosa. O valor da personalidade começou a ser tutelado, principalmente em situações que a vulnerabilidade era gritante.

A autora Maria Celina Bodin de Moraes leciona que “personalidade não é um direito, e sim um valor”, donde se extrai que o foco da responsabilidade civil dá mais atenção à vítima em ter seus danos reparados do que ao ofensor em responder por suas culpas.

Obviamente que há de se ter em mente uma certa relativização quando se faz certas considerações sobre este aspecto, visto que a sociedade também precisa saber e sentir que tem sua parcela de responsabilidade, caso

contrário, teríamos, como de fato temos, e muito, o lamentável fenômeno da “vitimização”, em que todos somos vítimas de algo ou de alguma coisa, nunca assumindo para si, e nem tampouco para a coletividade, que devem e precisam arcar e zelar para com o patrimônio material e moral, sejam eles públicos ou privados.

É uma situação que vai muito além da letra da lei e de entendimentos jurisprudenciais, alcançando a realidade social, econômica, cultural e, principalmente, a consciência das pessoas.

3 Evolução no direito brasileiro

No Direito Brasileiro, o Código Civil de 1916, dispunha sobre a verificação da culpa e critérios de aferição da responsabilidade. Isto abarcava o dano material, pois não havia, em princípio, maiores preocupações quanto ao dano moral, apesar de sua existência.

Foi, sem dúvida alguma, um início bastante resistente para o instituto do dano moral. Mas com a evolução da jurisprudência, da cultura e dos valores, leis especiais surgiram e foram expressas quanto a reparação do dano moral, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Direitos Autorais etc.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a reparação por dano moral passou a ser admitida, visto que elevada ao *status* de Direitos e Garantias Fundamentais. Neste ponto é encontrada a máxima de que o Estado existe em função do indivíduo, pois ao se tratar de direitos inerentes à pessoa humana, intrínsecos ao seu ser, nada mais justo e razoável que sejam legal e constitucionalmente protegidos.

O Código Civil de 2002, da mesma forma que o que o antecedeu, apura a culpa do agente, mas estendeu a reparação aos danos morais, prevista em seu artigo 186. Trouxe também um avanço no que tange ao parágrafo único do artigo 927, que adotou a Teoria do Risco. Isto porque, antigamente, referida teoria tinha obrigatoriamente que ser expressa para se apurar a responsabilidade sem culpa, ao passo que o mencionado dispositivo prevê, de forma genérica, a responsabilidade sem culpa, além dos casos estipulados em lei, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Hodiernamente a legislação fornece muito mais instrumentos para interpretações que visam suprir os anseios sociais, o que dá margem para uma melhor e mais fácil evolução jurisprudencial. Todas estas

transformações visam conciliar a justiça e a segurança jurídica.

Um dos fatores do tema tratado refere-se às figuras do ofensor e ofendido, pois, como analisado, a atenção deve estar voltada para a vítima. É ela a merecedora da tutela do Estado, caso contrário, e guardadas as devidas proporções, estaria de volta aquela sensação – que de fato está dentro do ser humano, mas vem sendo muito mais bem tratada, mais bem repensada – de não ser só resarcido, mas que o ofensor também sinta literalmente na “pele” o que causou. Seria o “mal pelo mal” com mais civilidade.

Sendo a intenção a de proteger a vítima e repará-la adequadamente, é por esse caminho que deve a lei, a doutrina e a jurisprudência voltarem seus esforços, o que não implica dizer desconsiderar a figura do ofensor, até porque é inerente à reparação civil a repercussão que recairá sobre seus ombros.

4 A responsabilidade civil dos pais à luz dos atos dos filhos menores

Em relação às formas de responsabilização civil, temos situações que demandam uma criteriosa análise dos requisitos norteadores daquela responsabilidade, como a ação (ou omissão), o dano propriamente dito e o nexo causal. Este é o campo da responsabilidade subjetiva. A culpa deve estar presente para que haja o efetivo direito à reparação. Pode-se afirmar ser esta a regra, visto que o elemento volitivo, seja ele por atitude intencional ou por mera imprudência ou imperícia, é inerente ao dever de reparar o mal causado a terceira pessoa.

Por outro lado, tem-se que há casos (e são muitos), que a responsabilidade deve ser tratada de forma objetiva, sem a necessidade da análise da culpa, sendo suficiente o dano.

No que tange, especificamente, às peculiaridades acerca da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, vale a reflexão acerca da objetividade ou subjetividade daquela responsabilidade.

É sabido que os pais são os responsáveis pelos ilícitos praticados pelos filhos enquanto sob seu poder (autoridade) e/ou companhia. Importante ressaltar que esta relação entre pais e filhos refere-se ao exercício do poder familiar, e não apenas proximidade física.

Obviamente que se sob a guarda exclusiva de um dos genitores (guarda unilateral), por decisão judicial, aquele é o único responsável,

com a ressalva de que, por ocasião da companhia e dever de cuidado, em havendo regulamentação de visita (convivência), a responsabilidade recairá nos ombros daquele que estiver com o filho menor.

Dessa forma, a responsabilidade é derivada diretamente do exercício da guarda, e não necessariamente do poder familiar como, em princípio, e em regra, deveria sê-lo.

Há dois fatores preponderantes desta responsabilidade: a menoridade e de estarem os filhos sob o poder e companhia dos pais. Afinal, é o dever de educação e vigilância falando mais alto.

Casos muito comuns hoje em dia são dos filhos menores que tem “autorização” dos pais para dirigirem veículos automotores, assim como aqueles que “pegam escondido” os veículos e situações também em que os menores são flagrados furtando.

Em relação a tais exemplos, a isenção do dever de indenizar pode ocorrer caso os pais comprovem a inexistência de nexo de causalidade em razão da impossibilidade do exercício do poder familiar por imposição judicial.

No Código Civil de 1916, os pais deveriam provar, em caso de demanda judicial, que não agiram com culpa alguma. Entretanto, com o avanço das relações e costumes, principalmente de uma significativa mudança cultural, os filhos estão cada vez mais distantes dos cuidados diretos dos pais, ficando em escolas, cursos variados, clubes, dentre outros, razão pela qual, em inúmeras ocasiões, aqueles estabelecimentos assumem para si o dever de zelo e “autoridade”, assumindo, via de consequência, os ônus de eventuais atos ilícitos por parte dos menores.

O caso concreto deve, portanto, ser levado em consideração, para que seja apurado o efetivo dever de vigilância do menor.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que uma eventual emancipação não elimina a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, justamente porque ela é ato voluntário em benefício do menor, o que restaria incongruente.

Por outro lado, há posicionamentos em contrário, donde que se a emancipação for oriunda de outras causas que não a iniciativa do pai ou tutor, desaparece a responsabilidade, como por exemplo o casamento, conforme artigo quinto, parágrafo único, do Código Civil.

O patrimônio do menor, caso tenha algum, pode responder, pois terceiros não podem ser prejudicados. Contudo, primeiramente é o

patrimônio do responsável que responde pela indenização.

É daí que surge corriqueiramente a seguinte indagação: podem, então, os pais, agirem regressivamente contra os filhos no que tange a indenização por eles suportada pelos atos ilícitos daqueles?

O artigo 934 do Código Civil é taxativo: “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Plausível a legislação, pois sua intenção é que seja mantida a ordem moral e familiar, respeitando a solidariedade que teve existir neste âmbito.

Retomando o que fora abordado inicialmente sobre a forma de responsabilização, se objetiva ou subjetiva, notadamente a legislação adota a objetiva, com foco principalmente na posição da vítima, mesmo entendendo ser viável aos pais a comprovação de que utilizaram todos os meios possíveis para que o ato danoso não fosse praticado por seus filhos menores.

Certamente, com o rápido desenvolvimento psíquico que as crianças apresentam hoje em dia, novos mecanismos que possam contribuir para uma nova forma de conscientização e responsabilização direta dos menores, levando-se em consideração, obviamente, a idade daqueles, deverão ser postos em prática o quanto antes, pois são questões muito mais educacionais e culturais do que propriamente legais.

O objetivo que se busca neste artigo é de que deve, sim, ser mitigada a responsabilidade do genitor que não exerce a guarda compartilhada, visto ser esta a modalidade “regra”, nos moldes do parágrafo 2º, do artigo 1.584, do Código Civil.

É dizer: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

A análise da lei não deixa dúvidas que a guarda compartilhada é a regra, só podendo ser sobrepujada em caso de livre manifestação de um dos genitores ou impossibilidade de exercer o poder familiar.

A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, portanto, estão diretamente relacionadas ao exercício do poder familiar, pois a partir dele surge o dever de sustento, apoio moral e psicológico.

Caso este poder seja mitigado por meio de decisão que retira o

compartilhamento na criação dos filhos de um dos genitores, seria, a nosso sentir, um contrassenso a imposição de responsabilidade em patamares iguais daquele que, efetiva e diretamente, exerce o poder familiar em face daquele que teve este poder mitigado por decisão judicial, ainda que de forma indireta, mas com efeitos práticos imediatos.

Nos moldes legais, qualquer decisão que não atribui a guarda compartilhada quando o genitor quer, pode e deve exercê-la, é o mesmo que “dizer” que ele não tem condições de exercer o poder familiar. A partir de uma correta e adequada interpretação da lei é exatamente isso.

Em situações como a mencionada, não poderia alguém ser responsabilizado por algo que seria sua responsabilidade, justamente por exercer o poder familiar, mas se este poder lhe é retirado, direta ou indiretamente, sua responsabilidade deve ser analisada no caso concreto, e não como regra absoluta tal como nos dias atuais.

Ainda que juridicamente a perda ou suspensão do poder familiar se opere mediante pronunciamento judicial expresso, a não concessão de guarda compartilhada ocasiona repercussões práticas, no mundo dos fatos, motivo pelo qual deveria haver, também, repercussões práticas quando da análise de responsabilidade dos pais em eventual atitude praticada pelos filhos menores.

5 Conclusão

É de se destacar que a forma de se aferir a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores tem grande valia para as relações familiares, pois com as constantes mudanças filosóficas e conceituais, a forma de responsabilização e de reparação devem sempre caminhar na direção da busca pela tutela dos direitos inatos às pessoas: os direitos da personalidade. E são neles, notadamente no respeito à pessoa humana, que o cumprimento normativo deve se embasar.

Retirar, portanto, ainda que de forma indireta – mediante decisão que não concede a guarda compartilhada em dissonância com o § 2º, do art. 1.584, do Código Civil – o exercício pleno do poder familiar de um dos genitores, seria o mesmo que mitigar sua responsabilidade pelos atos dos filhos menores, visto que a referida responsabilidade encontra-se atrelada ao efetivo exercício do poder familiar.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil.** 4. ed. v. I. Rio de Janeiro. Forense.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7^a ed. São Paulo. Forense Universitária.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 9^a ed. Atlas. São Paulo. 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Renovar. Rio de Janeiro. 2003.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. 3^a ed. v. VII. Rio de Janeiro. Forense. 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 2^a ed. Forense.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** responsabilidade civil. 18^a ed. v. IV. São Paulo. Saraiva. 2001.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 5^a ed. Revista dos Tribunais. São Paulo.

Capítulo 7

DIREITO DA PERSONALIDADE E O ABANDONO AFETIVO

Carlos Roberto de Oliveira Chagas¹

Débora Moreira Maia Ricaldoni²

1 Introdução

O presente artigo visa abordar a temática do abandono afetivo, mal que afeta, dentre tantos, crianças e adolescentes por negligência dos pais afetando assim seus direitos da personalidade, o Direito de família vem se moldando de acordo com as transformações comportamentais da sociedade, sendo cada dia mais respeitado no ordenamento jurídico brasileiro. O afeto tem sido basilar na formação das entidades familiares.

Ao longo da história da humanidade a família vem passando por importantes transformações, incontáveis circunstâncias no âmbito jurídico ainda não têm entendimento pacificado, tal como o abandono afetivo, fazendo-se necessário discorrer sobre alguns períodos históricos para compreensão da evolução legislativa da família.

O decorrer do assunto perceber-se o quanto nocivo é o abandono afetivo e, por isso, será o primeiro tópico de abordagem. Em sequência, de forma sucinta, trataremos como o abandono afetivo foi abordado durante a história revelando ser um tema jurídico pertinente já que afeta diretamente o Direito da Personalidade, tema este consagrado pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais.

Por fim, analisaremos alguns casos no Brasil que demonstram a ineficácia da lei existente face à falta de políticas públicas dos governos

1 Teólogo pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix e graduando em Direito pela Nova Faculdade de Contagem. Endereço eletrônico:cchagass82@gmail.com

2 Técnica em Administração pelo Sebrae (2003), Bacharel em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2009), Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010), licenciada em Sociologia pela Uniplena (2023), pós graduada em Direito Médico pela Cers (2023) e Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão. Organização e Mudança. Professora de Direito Civil – Nova Faculdade (2014) e Coordenadora do Curso de Direito (2022) Endereço eletrônico: debymaia@gmail.com

brasileiros que podem e devem atuar de forma mais incisiva proporcionando um ambiente propício à dignidade familiar.

2 Contextualização do abandono afetivo e as relações entre pais e filhos

2.1 Abandono afetivo: conceituação

Abandono afetivo é um fenômeno que ocorre quando uma pessoa é privada do afeto, cuidado, atenção e apoio emocional necessários para o seu desenvolvimento saudável. No que tange ao âmbito familiar isso fica melhor explicado nas palavras do Relator Getúlio Moraes de Oliveira (2014), no acórdão nº 800268, 20120111907707APC³, entende-se que abandono afetivo é a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.

É caracterizado pela ausência ou negligência emocional, que pode resultar em consequências negativas significativas para a saúde mental e emocional da pessoa afetada. Contra esse mal existe o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) sendo este reflexo do art. 227 da Constituição Federal Brasileira (CF) que versa:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

O abandono afetivo é a violação de um direito fundamental do filho menor ao convívio com os pais, negando-lhe o amparo afetivo, carinho e atenção, para Paulo Lôbo:

O abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. (LÔBO, 2015, p. 312).

³ Cf. Acórdão n.800268, 20120111907707APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: SILVA LEMOS, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/06/2014, publicado no DJE: 04/07/2014. p. 107.

Segundo os ensinamentos do doutrinador Rolf Madaleno, para o qual o abandono afetivo consistiria na omissão injustificada dos pais na criação e convívio dos filhos, tanto no aspecto material como no aspecto emocional, apto a provocar danos psíquicos pela ausência de afeto na formação da pessoa, violando a personalidade do indivíduo.

2.2 Impactos do abandono afetivo nas relações familiares

O abandono afetivo pode ocorrer em diferentes contextos, mas é frequentemente discutido no âmbito das relações familiares, especialmente entre pais e filhos. Nesse contexto, o abandono afetivo pode ser resultado da falta de envolvimento emocional, negligência emocional ou ausência física por parte dos pais ou cuidadores e essa falta do dever de cuidado gera um ato ilícito causando efeitos extremamente nocivos ao abandonado. Versa nesse sentido Charles Bicca (2015) que trata o tema da seguinte forma:

O abandono afetivo constitui uma das mais graves formas de violência que pode ser perpetrada contra o Ser Humano. A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e, sobretudo, silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida. As vítimas do abandono afetivo sofrem os mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras (ou genitores) que vivem uma angústia diária, de nada poder fazer, pois a solução quase nunca está ao alcance deles. (BICCA, 2015, p. 10).

O abandono afetivo ocorre em diferentes contextos, especialmente quando há pais emocionalmente ausentes. Mesmo que estejam fisicamente presentes, eles podem falhar em fornecer o apoio emocional necessário para o saudável desenvolvimento da criança, não expressando amor, afeto e interesse adequados pela causa pueril, resultando em uma sensação de vazio emocional. Consequentemente, como ressalta Dassi (2006), quando um pai deixa de proporcionar ao filho a convivência familiar devido à sua omissão, isso acarreta um vazio no desenvolvimento socioafetivo, moral e psicológico da criança.

Outro contexto por demais nocivo ao afeto é o do divórcio ou separação dos pais, do qual a criança pode experimentar uma ruptura no vínculo afetivo com um ou ambos os pais, levando a sentimentos de abandono e insegurança emocional. É mister dizer que o divórcio afeta a todos do âmbito familiar e, no que diz respeito aos pais, salienta Almeida *et al.* (2000):

Os momentos subsequentes à separação são os mais difíceis, tanto para os pais como para os filhos. Sendo assim, não se deve esperar que lidem de forma satisfatória com as consequências sociais, financeiras e emocionais, ligadas à dissociação do casamento, pois necessitam de um tempo para se reconstruírem. (ALMEIDA ET AL., 2000, n. p.)

E sobre a realidade vivida por filhos de pais separados a mesma autora ainda destaca:

Outro fator de extrema importância se refere à ausência de um dos cônjuges na vida dos filhos. Esta ausência pode influenciar a percepção do mundo e de si mesmo, contribuindo para uma autoimagem ruim, apresentando níveis alto de ansiedade, desenvolvimento afetivo instável, dificuldades para controlar a agressividade, impulsividade e aparecimento de comportamentos depressivos. (ALMEIDA ET AL., 2000, n.p.).

Um terceiro fator que pode agravar a relação afetiva dos pais para com seus filhos causando abandono afetivo é a negligência. Pais negligentes podem não fornecer cuidados e suporte emocional necessários a seus filhos ignorância essa que pode resultar em desconforto em momentos difíceis na vida das crianças. Em confronto a essa negligência versa o art. 186 do Código Civil (CC), *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

Percebe-se que a negligência emocional por parte dos pais afeta drasticamente os direitos de personalidade dos filhos uma vez que afeta diretamente na formação da personalidade destes justificando a preocupação dos legisladores, tanto do Código Civil quanto do ECA.

Por fim, ressalta-se aqui um quarto possível contexto que se dá quando crianças são colocadas em instituições de acolhimento nas quais estas podem enfrentar o abandono afetivo decorrentes da falta de conexões emocionais estáveis e consistentes. Havendo nestas instituições cuidadores não dedicados, seja por falta de profissionalismo ou empatia podem acarretar maiores problemas aos menores ali assistidos. Sobre esse contexto, o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes, através das Orientações Técnicas dos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes (2009, p. 54) versa o seguinte:

Em função de sua importância, o educador/cuidador e a família acolhedora devem ter clareza quanto a seu papel: vincular-se afetivamente às crianças/adolescentes atendidos e contribuir para a construção de um ambiente familiar, evitando, porém, “se apossar”

da criança ou do adolescente e competir ou desvalorizar a família de origem ou substituta. O serviço de acolhimento, não deve ter a pretensão de ocupar o lugar da família da criança ou adolescente, mas contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares, favorecendo o processo de reintegração familiar ou o encaminhamento para família substituta, quando for o caso. (BRASIL, 2009).

Em suma diz que o abandono afetivo é um problema grave que afeta as relações familiares em seu desenvolvimento saudável principalmente as crianças, alvos mais vulneráveis desse mal. Ressalta-se a importância, tanto por parte da legislação brasileira quanto dos estudos sobre o tema visando a importância do dever de cuidado e afeto dos pais aos filhos. Advindo de diferentes contextos o abandono afetivo, por afetar crianças e adolescentes, deve ser destacado como algo a ser combatido através da conscientização da sociedade que deve promover um ambiente acolhedor e propício ao desenvolvimento pleno das crianças.

2.3 Impactos do abandono afetivo na formação da personalidade

Por ser um direito fundamental previsto nos artigos 1º e 5º, X da Constituição Federal o Código Civil trata de forma mais específica o direito da personalidade que são considerados fundamentais para a existência e valor concreto dos demais direitos subjetivos e, por assim ser, são vistos como direitos essenciais que abrangem aspectos como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a identidade pessoal e o resguardo pessoal (NUNES, 2011, p. 4-6). Esses direitos são essenciais para a dignidade humana e devem ser respeitados e cumpridos pelo Estado e pelas pessoas.

O abandono afetivo causa danos até mesmo em bebês, apesar de ainda não terem suas faculdades plenas para entendimento racional de tal abandono; é o que dizem Böing e Crepaldi (2004) em seu artigo sobre o assunto. Segundo as autoras o bebê se desenvolve graças a seu vínculo afetivo para com sua mãe, é através dos sentimentos maternos e do clima emocional estabelecido pela mãe que o bebê tem experiências vitais importantes, a falta deste vínculo prejudica seu desenvolvimento psicoafetivo levando o bebê a distúrbios emocionais e de personalidade.

Coaduna nesse sentido Araújo e Moucherek (2022, p. 5-7) no que envolve crianças já que, segundo as autoras, o abandono afetivo pode ter consequências negativas como sentimentos de rejeição, desprezo e trauma emocional, além de afetar seu desenvolvimento e comportamento podendo até mesmo reproduzir o padrão de abandono em gerações futuras. Sobre

relações interpessoais as autoras afirmam:

Em decorrência da ausência de um dos pais, acredita que o abandono parental pode vir a prejudicar o bem-estar psicológico dos filhos, impactando em suas relações interpessoais, afetivas, sociais e no seu desempenho escolar. [...] A ausência de cooperação parental após a ruptura do vínculo de apego pode ter sérias repercussões psicológicas e afetar o desenvolvimento saudável da criança (BRAGA, 2018, p. 2).

Para o autor Fabio Bauab Boschi, para a formação saudável dos filhos, é exercício obrigatório dos pais dar assistência, deve prestar-lhe não só assistência material, na forma de alimentos, mas também imaterial, consubstanciada no afeto, no carinho, aconchego, apoio moral, sustentação nas dificuldades da vida, aconselhamento, troca de experiências e defesa de seus direitos e interesses.

3 Reconhecimento do abandono afetivo como questão jurídica

3.1 Escorço do desenvolvimento da compreensão sobre o que seja família no Brasil

Considera-se uma importante evolução no âmbito jurídico o entendimento e reconhecimento do abandono afetivo em relações familiares, uma vez que o cumprimento das obrigações decorrentes do exercício do poder familiar, por anos bastavam para que os pais pudessem ser nomeados como “bons pais” e tal prática era considerada apenas uma questão moral ou psicológica sem existir uma base jurídica sólida para responsabilizar pais ou cuidadores pela ausência de afeto e cuidado emocional.

Essa evolução jurídica sobre o tema se deu concomitantemente à evolução sobre o que seja família, sendo esta compreensão numa ótica brasileira. É o que afirmam Rocha e Rosário (2016, p. 3-5) ao alegarem que a formação da cultura brasileira é o resultado da miscigenação de etnias desde sua colonização intercalando religião e culturas familiares. Essa interação, influenciada pela Igreja Católica legitimava apenas o casamento entre homem e mulher reconhecendo filhos apenas aqueles provenientes desta união. Filhos “bastardos” eram desconsiderados do âmbito familiar e famílias de etnias “menos evoluídas”, como as indígenas, eram tidas como algo a ser “superado”.

Os filhos tidos como “ilegítimos” só foram contemplados

juridicamente com o advento da Constituição Federal de 1988, nos séculos anteriores à atual Constituição, a mulher tinha papel apenas no âmbito doméstico, considerada absolutamente incapaz pela legislação durante a vigência do Código Civil de 1916, situação esta que começa a mudar com movimentos sociais e com o advento do Feminismo e outros movimentos sociais. Nesse ínterim tem-se:

Contudo, apesar das inovações legislativas, estas ainda não foram suficientes para abolirem o modelo familiar focado na reprodução para fins de manutenção patrimonial e que se submetia a uma hierarquia estanque, na qual a figura do marido ocupava o posto mais alto. Isso se deve ao fato de que a mulher continuou, durante boa parte do século XX, a ser considerada relativamente incapaz, após o casamento, necessitando de autorização do marido para a realização dos atos da vida civil segundo o artigo 242 do diploma civil de 1916, não lhe restando nenhuma autoridade sobre os filhos. O pátrio poder era exclusivo do marido, sendo atribuído à mulher o poder de decisão sobre os filhos apenas na eventual falta do pai. (XAVIER, 2016, n.p.).

Com a Constituição Brasileira de 1988, é possível pensar em novas formas de família, fato esse que abre novas portas para a concepção do que seja o Direito de Família.

Recentemente, o direito de família passou a seguir rumos próprios, adaptando-se à nossa realidade através das transformações históricas, culturais e sociais, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando a natureza contratualista, equivalendo-se à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento (GONÇALVES, 2012).

Diante do exposto, o que se vê é o abandono paulatino da antiga ideia de família patriarcal, hierarquizada e patrimonialista para se aderir a um novo modelo de família pautado no afeto. Nas palavras de Pessanha:

O ambiente familiar passou a ser ligado em laços de afetividade, de forma pública, contínua e duradoura, tendo assistência mútua entre os membros daquela entidade familiar, com o primado de busca de felicidade, sendo, por isso, a família, de acordo com a Constituição Federal, a base da sociedade brasileira. (PESSANHA, 2011, p. 2)

Como dito, juntamente com o desenvolvimento da ideia sobre o que seja família as leis também foram, aos poucos e, lentamente, sofrendo alterações, algo que, por assim ser, se torna prejudicial à sociedade que evolui a passos largos em suas condutas e arranjos familiares.

4 O Direito da Personalidade

Com o novo Código Civil de 2002 a valorização da pessoa e sua dignidade estarão ligadas a uma tríade formada pela dignidade, personalidade e igualdade, conforme entendimento de Tartuce (2020). No capítulo anterior, nas entrelinhas, ficou perceptível a verticalização dos direitos fundamentais que, aos poucos, foram tomando um viés mais horizontal. Sendo os direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, direitos imediatos podem-se dizer que:

Do ponto de vista da terminologia, não se justifica mais denominar a Constituição Federal de 1988 como uma *Carta Política*, fazendo crer que ela é mais dirigida ao legislador, tendo uma *eficácia vertical*. Melhor denominá-la, portanto, como uma *Carta Fundamental*, pela prevalência de sua *horizontalidade*, ou seja, pela sua subsunção direta às relações interprivadas. Ilustre-se que a dignidade humana é conceito que pode ser aplicado diretamente em uma relação entre empregador e empregado, entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, entre contratantes e assim sucessivamente. Isso, sem a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional*. A mesma afirmação cabe para as ações judiciais com tais conteúdos, especialmente pelo que consta do sempre citado art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 (TARTUCE, 2020, p. 110).

O Princípio da dignidade da pessoa humana é direito consagrado pelo artigo 1º inciso III, da Constituição Federal de 1988 e consiste no elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo encontrado ainda no artigo 226, § 7º, ao tratar do planejamento familiar e no caput do artigo 227, ao estabelecer que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Maria Berenice Dias ensina que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum – permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada participante com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.” (DIAS, 2015, p. 45).

Este princípio serve de critério para a identificação dos típicos direitos fundamentais, sendo o respeito à vida, à igualdade de cada ser humano e à liberdade, constituindo assim a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus

membros, principalmente da criança e do adolescente, norteando todas as relações jurídicas, travadas entre particulares, ou entre particulares e o Estado.

Nesse escopo fica certo a afirmação de que personalidade é um conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa diferenciando esta de qualquer outra (SILVA, 2016). Sendo assim, toda pessoa, na sua individualidade, terá suas particularidades não se limitando à sua pessoa natural e sim à juridicidade de seus direitos. Assim, também é mister dizer que os Direitos da Personalidade são subjetivos e absolutos, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (MARIGHETTO, 2019).

Por fim, para melhor fixação do conceito sobre o que seja Direito da Personalidade vale atenção ao que diz o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *verbis*: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Bebendo dessa fonte a Constituição Federal de 1988 deixa de lado a verticalização promovida entre os homens bastando ver o tratamento dado aos direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, no *caput* de seu art. 5º.

Entende-se assim que o Brasil deu uma reviravolta nos últimos anos e de forma acertada com sua Constituição Federal de 1988 indo de encontro aos anseios mundiais, tendo legislações infraconstitucionais pertinentes embora ainda com falhas que coadunam com a luta pelos Direitos de Personalidade. E como próximo passo deste artigo urge compreender como a legislação brasileira aborda o abandono afetivo e quais responsabilidades são atribuídas à sociedade.

5 Abandono afetivo como violação do direito da personalidade

Em seu primeiro artigo o Código Civil traz que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civilista e na sequencia aduz que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, e que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, direitos estes que acompanham toda a vida do indivíduo.

Os direitos da personalidade são a maior expressão de proteção da pessoa natural, sem distinção de qualquer natureza, sejam estes sujeitos capazes ou incapazes juridicamente, tendo por estes seus representantes legais. A capacidade para tais direitos é adquirida ao completar 18 anos, com algumas exceções previstas legalmente. Antes disso, existem diferentes

graus de incapacidade, como os absolutamente incapazes (menores de 16 anos) e os relativamente incapazes (de 16 a 18 anos), assim a proteção dos direitos da personalidade busca tutelar todas as manifestações das pessoas e respeitar seu desenvolvimento e capacidade de discernimento.

A Constituição Federal estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, garantindo a proteção integral de todos. Prioriza-se o interesse das crianças e dos adolescentes, assegurando-lhes a condição de sujeitos de direitos e prioridade absoluta, o bem-estar e o melhor interesse da criança e do adolescente são enfatizados para propiciar um ambiente favorável ao desenvolvimento saudável da personalidade, protegendo-os de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Com isto coaduna o ECA, em seu art. 3º diz:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

No entanto, a violência contra crianças e adolescentes ainda é uma realidade social preocupante, situações que violam os direitos da personalidade exigem a responsabilização do agente violador. É necessário desenvolver políticas públicas mais efetivas para combater a violência e garantir a proteção integral das crianças e adolescentes (NUNES, 2011, p. 15).

Diante da violação dos direitos da personalidade, incluindo o abandono afetivo, é possível responsabilizar civilmente o agente causador do dano (NUNES, 2011, p. 11). A responsabilidade civil por abandono afetivo visa reparar os danos causados, buscando a justa compensação e promovendo a conscientização sobre a importância do afeto na formação da personalidade e no bem-estar emocional das pessoas, muito bem enfatizado no Capítulo IV do ECA.

Em suma, o abandono afetivo é uma violação do direito de personalidade, pois compromete a dignidade humana e a proteção da afetividade como direito fundamental. A proteção dos direitos da personalidade busca tutelar todas as manifestações das pessoas, garantindo seu desenvolvimento e capacidade de discernimento. A responsabilidade civil por abandono afetivo é uma medida importante para reparar os danos causados e conscientizar sobre a importância do afeto nas relações

interpessoais uma vez que, nas palavras de Cardin (2012, p.227), “em nossa legislação não há nenhum dispositivo específico que trate do assunto, aplicando-se a teoria geral da responsabilidade civil.”

Trata-se de ato ilícito culposo o abandono afetivo ocorrido nas relações paterno-filiais, sendo pacífico na doutrina o entendimento que a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo, para sua configuração, juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta.

6 Reflexões sobre a necessidade de abordagens legais e de políticas públicas em relação ao abandono afetivo familiar envolvendo pais e filhos

Em 2021, sob a Apelação nº 0022913-72.2018.8.19.0023, tendo como relatora a Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves, do TJ-RJ, julgou-se o caso da filha que fora abandonada por mera vontade de seu genitor desde tenra idade, ocasionando angústia e más recordações, que ultrapassam o mero dissabor cotidiano. Nesta apelação deu-se parcial provimento em favor da autora que, por mais que tenha recebido quantia voluptuosa como resarcimento pelos danos causados pela falta do pai de nada isto poderá reverter os danos sofridos.

De igual modo, em 2022, na Apelação nº 0000969-61.2017.8.19.0051, do relator Desembargador Cleber Ghelfenstein (TJ-RJ), o pai jamais ajudou a filha durante sua infância, nem monetariamente, nem efetivamente no seu desenvolvimento. Isso também é visto na AC nº 70083174474, do TJ-RS, e vários outros que, infelizmente, revelam uma prática comum, quase que “normal” do brasileiro irresponsável.

A partir de casos emblemáticos como esses, faz-se necessárias políticas públicas que orientem e direcionem os pais em suas responsabilidades como tal. O art. 4º do ECA deixa claro que é papel do Poder Público promover a efetivação da dignidade da criança e do adolescente. É redundância dizer que, havendo lei (e há), e esta não sendo cumprida (e não se cumpre de forma aceitável) faz-se necessárias políticas públicas pontuais para tratamento dos casos. Políticas públicas têm um papel complementar ao estabelecer diretrizes e programas de apoio às famílias, visando evitar situações de abandono afetivo e promover a conscientização sobre a importância do vínculo afetivo entre pais e filhos (NUNES, 2011, p.15). Por meio de iniciativas como campanhas

educativas, orientação psicossocial e acesso a serviços de saúde mental, é possível criar um ambiente favorável ao fortalecimento dos laços familiares e ao pleno desenvolvimento das crianças.

A abordagem jurídica e políticas públicas efetivas são essenciais na prevenção e reparação do abandono afetivo familiar. Medidas como indenizações por danos morais demonstram o reconhecimento da gravidade dessa negligência, buscando compensar as vítimas. No entanto, é importante ressaltar que o aspecto monetário não substitui a presença afetiva e o cuidado parental adequado. A existência de leis e políticas públicas direcionadas ao abandono afetivo é fundamental para orientar os pais, promover a conscientização e proteger os direitos das crianças. Com uma atuação governamental comprometida, a abordagem jurídica pode contribuir para uma sociedade mais responsável e acolhedora, combatendo o abandono afetivo de forma eficaz fazendo valer o que disposto está não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas na Constituição Federal também.

7 Considerações Finais

Por abandono afetivo entende ser um fenômeno que ocorre quando uma pessoa é privada do afeto, cuidado, atenção e apoio emocional necessários para o seu desenvolvimento saudável. Esse problema tem especial atenção quando discutido sob ótica familiar envolvendo pais e filhos já que provoca falta de envolvimento emocional, negligência emocional ou ausência física por parte de pais e educadores que, por consequência, pode ocasionar danos à saúde mental e emocional da pessoa afetada além de vazio emocional e sentimento de insegurança e abandono.

Os filhos de pais separados também podem experimentar uma ruptura no vínculo afetivo, o que pode levar a sentimentos de abandono e insegurança emocional afetando, com isso, na formação da personalidade das crianças causando distúrbios emocionais, de relacionamentos interpessoais e até mesmo uma possível reprodução do padrão de abandono em gerações futuras.

Por se tratar de uma questão jurídica, que evoluiu juntamente com a concepção de família no Brasil, após romper com as tradições e concepções oriundas da moral religiosa, novas redações legais agora tentam abranger o problema que precisam ser melhores aplicadas por políticas públicas para que promova um ambiente acolhedor e propício ao desenvolvimento

pleno das crianças e adolescentes ressaltando a importância do dever de cuidado e afeto dos pais para com seus filhos, a legislação precisa tratar com clareza a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, pontuar e rotular situações, para que as decisões acerca da temática passem a ser mais objetivas, é importante destacar que vários autores defendem que o afeto é princípio do direito de família, o que corroboraria para responsabilização daquele pai que abandonou o filho, ou seja, a legislação precisa ser revista, as políticas públicas precisam tratar da questão e que as famílias, base da sociedade brasileira possam ser realmente protegidas.

Referências

ALMEIDA, Carmen Garcia de; *et.al.* Pais separados e filhos: análise funcional das dificuldades de relacionamento. **Estudos de Psicologia**, 2000, 17(1), 77-87. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/rGbh5TrpxVKWqknLcMsZ3Yk/#>. Acesso em 01/07/2023.

BICCA, Charles. **Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: Editora OWL, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01/07/2023.

BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. **Lei do Ventre Livre**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LIM&numero=2040&ano=1871&ato=2ce0TPn50MNRVT71a#:~:text=DECLARA%20DE%20CONDI%C3%87%C3%83O%20LIVRE%20OS,A%20LIBERTA%C3%87%C3%83O%20ANNUAL%20DE%20ESCRAVOS..> Acesso em 03/07/2023.

BRASIL. Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 01/07/2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.

htm. Acesso em 01/07/2023.

BRASIL. Orientações Técnicas: Serviços de acolhimento para Crianças e Adolescentes. 2009. Brasília, DF. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente / Conselho Nacional de Assistência Social**. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf. Acesso em 01/07/2023.

BÖING, Elizângela. CREPALDI, Maria Aparecida. Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternidade como fator de proteção. 2004. **Estudos de Psicologia**. Campinas. v.21, n.3. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/dV6NyRhFbzky8xvkh87mCXR/?lang=pt#>. Acesso em 003/07/2023.

BOSCHI, Fabio Bauab. Direito de visita. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 54-55.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO da Justiça Federal disponibiliza mais 125 enunciados. **Consultor Jurídico**, 12 nov. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-nov-12/cjf_disponibiliza_125_enunciados_jornada. Acesso em 02/07/2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. **Revista Discurso Jurídico**. ISSN: 1982-5412. v. 2. n. 1, 2006. Disponível em: <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/178>. Acesso em: 01/07/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARIGHETTO, Andrea. A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana>

limite-direitos-personalidade. Acesso em 03/07/2023.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Respeito aos direitos da personalidade das crianças e adolescentes. 2011. **Revista Segurança Urbana e Juventude**. v.4. n.1/2. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/securanca/article/view/5027/4169>. Acesso em 02/07/2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Vídeo. Disponível em: https://udhr.audio/UDHR_Video.asp?lng=por&p=1. Acesso em 03/07/2023.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. 2011. 05 f. **Artigo IBDFAM**. Vitória. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf. Acesso em 03/07/2023.

ROCHA, Sheila Marta Carregosa; ROSÁRIO, Mariana Nascimento do. Abandono Afetivo: Perspectivas jurídicas no âmbito familiar. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.42, n.2, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistaselétronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/26500/17545>. Acesso em 03/07/2023.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atual. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 10.ed. São Paulo: Método: 2020.

XAVIER, Lucas Bittencourt. A Família Brasileira em face da História e do Direito. 2016. 14 f. Artigo. **Revista Científica Fagoc Jurídica - Volume I**. Ubá. Disponível em <https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/55/137>. Acesso em 03/07/2023.

XAVIER. Paulo Jaurés Pedroso. Caramuru. Disponível em www.buratto.org/gens/gn_caramuru.html. Acesso em 10 de Setembro de 2023.

Capítulo 8

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CLAMOR PÚBLICO: UMA REFLEXÃO SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DO JÚRI¹

*Irineu José Coelho Filho²
Eloy Pereira Lemos Junior³*

1 Introdução

A persecução criminal no Brasil tem se mostrado refratária a uma ampla e necessária reconfiguração a fim de se compatibilizar ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. Vigora ainda um Código de Processo Penal concebido durante a ditadura militar, declaradamente destinado a reduzir as garantias do indivíduo, com vários dispositivos externando resquícios de um processo inquisitório, desalinhado do atual sistema de direitos e garantias fundamentais plasmado na oitava Constituição do Brasil.

Da investigação preliminar à execução da pena imposta, percebe-se o sistemático desrespeito aos valores que compõem a essência de um modelo constitucionalmente erguido, fruto de reconhecida conquista civilizatória. Nesta atribulada terceira década do século XXI, a imagem que persiste é a de um processo penal deficiente desde a fase da investigação preliminar até

1 O presente artigo é o resultado da pesquisa apresentada em forma de Resumo Expandido no Ciclo de Encontro de Egressos do PPGD da Universidade de Itaúna, realizado no Auditório do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, no período de 15 a 16 de junho de 2023.

2 Doutorando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais. E-mail: delegadoirineucoelho@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8305646466318143>.

3 Doutor em Direito pela UFMG com pós-doutorado em Direito Empresarial (PUC/MG). Mestre. Especialista pela Universidade de Lisboa. Avaliador INEP/MEC. Professor de pós-graduação e graduação. Autor e avaliador de artigos qualificados CAPES. Pesquisador e advogado. E-mail: eloy.junior@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7232200774458236>.

a execução penal que se faz em um sistema prisional fracassado.

Uma das várias e tormentosas questões capazes de enfraquecer a crença na legitimidade da intervenção punitiva estatal é a instabilidade hermenêutica da presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição. As idas e voltas no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a (im)possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do seu trânsito em julgado, popularizada como “prisão em segunda instância”, é hoje uma das mais intrigantes e importantes questões criminais.

Em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria/RS, a tragédia brasileira que ficou conhecida internacionalmente, como o “O caso da Boate Kiss” ceifou 242 vidas, além dos mais de 600 feridos. Com ampla cobertura da imprensa, seu julgamento pelo Tribunal do Júri se deu entre os dias 1º e 10 de dezembro de 2021, com grande repercussão na sociedade brasileira, acompanhado passo a passo, em tempo real, não somente pela comunidade jurídica, mas também por milhões de pessoas sedentas de uma dura resposta aos responsáveis.

Essa resposta veio na condenação dos quatro acusados, com a imposição de penas que variam de 18 a 22 anos e seis meses de reclusão. Contudo, em 03 de agosto de 2022, esse julgamento foi anulado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo algumas nulidades, dentre as quais se destacou a que se refere à formação do Conselho de Sentença. A anulação foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça e um novo julgamento deverá ser realizado. (REsp nº 2062459/RS).

A execução imediata das penas impostas aos condenados em um caso concreto de tamanha repercussão chamou todas as atenções para o ponto de tensão entre a substância da presunção de inocência, que interessa aos acusados, e a chamada garantia da tutela penal e o direito fundamental à segurança pública. Um conflito circundado por expectativas sociais capazes de exercer significativa pressão sobre as instituições ante os influxos de um tempo em que são experimentados os efeitos de uma assustadora transformação do tecido social.

É sobre esse ponto de tensão entre o estado de inocência e a efetividade do poder punitivo estatal que versa a presente pesquisa: a execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, fundada na soberania dos vereditos, conforme disposto no artigo 5º, XXXVIII, “c” da Constituição de 1988, ofende o princípio constitucional da inocência?

Objetivou-se um estudo reflexivo sobre o direito fundamental

à presunção de inocência, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a execução provisória da pena imposta pelo Tribunal do Júri, em face das emblemáticas alterações produzidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime.

A insegurança jurídica que se agiganta no âmbito da persecução penal mostra a importância da pesquisa, cujos resultados irão contribuir na discussão do tema e na realização de outros trabalhos na comunidade científica, impactando a sociedade que há muito carece de uma resposta constitucionalmente adequada e segura sobre o estado de inocência.

Quanto à metodologia realizou-se uma pesquisa bibliográfica e método crítico-discursivo, partindo da análise documental da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, matérias jornalísticas sobre o “O caso da Boate Kiss” de Santa Maria/RS, e das recentes alterações produzidas no Código de Processo Penal, além do procedimento de revisão bibliográfica.

2 Os direitos fundamentais como promessa do estado democrático de direito

A Constituição Federal de 1988, consolidando o processo de redemocratização “alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”. (Piovesan, 2010, p. 25).

Até mesmo a posição topográfica dessa matéria no texto constitucional demonstra a preocupação do legislador constituinte com sua primazia. Como aponta Bernardo Gonçalves Fernandes, a Constituição Federal de 1988, é típica de um Estado Democrático de Direito e inicia seu texto apresentando um sistema de direitos e garantias fundamentais. O autor adverte que boa parte da doutrina entende que os princípios fundamentais constantes do seu Título I apresentam como ponto fulcral a dignidade da pessoa humana. (Fernandes, 2020, p. 317-318).

A oitava Constituição brasileira, ao contrário das antecedentes, inicia o seu texto com um sistema de direitos e garantias fundamentais que deve nortear a interpretação da totalidade do seu texto, sem o que estará se desviando da própria substância de um Estado Democrático de Direito. É por isso que essa categoria de direitos e garantias constam da Constituição. Como ensina Canotilho (2003, p. 377), em termos

de direitos fundamentais não basta qualquer positivação. “É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”. O autor esclarece ainda que, se assim não fosse, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política”.

Portanto, falar de democracia é falar da dignidade da pessoa humana, de direitos fundamentais, compreendendo-se que, no Estado que se pretende Democrático, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser construído, relido ou adaptado à luz desse sistema de direitos e garantias como condição para a sua validade.

Nas precisas palavras de Flávia Piovesan:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o princípio do encontro do Estado Democrático do Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um direito básico para a realização do princípio democrático tendo em vista que exercem uma função democratizadora. (2010, p. 26).

Discorrendo sobre os Direitos Humanos, Direitos Humanitários e Direitos Fundamentais, José Luiz Quadros de Magalhães e Gabriela Maciel Lamounier (2021, p. 24) ensinam que “quando se fala em Direitos Humanos tem-se uma noção de âmbito internacional, de caráter universal, de algo que abrange todos as pessoas, indiscriminadamente” ao passo que Direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelos Estados e positivados no direito constitucional positivo de cada um deles. E complementam os autores:

Pode-se dizer que os direitos humanos são normas de Direito Internacional que buscam promover e assegurar às pessoas os mecanismos que podem ser utilizados como abusos de poder de um poder que venha a violar os direitos das pessoas e hoje, também da natureza, pois somos a natureza. (2021, p. 23-24).

O ponto de partida para o estudo dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais ou mesmo do Direito Humanitário é a dignidade humana. O eixo central entre o Direito Humanitário, os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais é o de impedir o sofrimento, a violência e a destruição. (2021, p. 25).

Essa conformação tendente a impedir a violência, o sofrimento e a destruição apontada como núcleo dos direitos fundamentais é o que possibilita a vida em grupo de forma harmônica, estribada na solidariedade no sentimento de justiça. É o que preconiza a Constituição de 1988, em

seu artigo 3º, ao definir que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A consecução desses objetivos maiores exige a compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais representa não só uma promessa do Estado Democrático de Direito, mas sua própria essência, de forma que somente se legitima o poder punitivo estatal quando exercido em perfeita consonância com o modelo constitucional eleito.

Na seara da intervenção punitiva do Estado, a necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo contra eventuais excessos caminha lado a lado com a necessidade da garantia da efetividade da tutela penal, externando, no entanto, vários pontos de tensão. Quando se trata da persecução criminal, indivíduo e coletividade estão no centro de uma disputa muitas vezes transformada pela mídia em um espetáculo que recebeu nos últimos anos os influxos da revolução tecnológica, intensificando-se, assim o que Carnelutti chamou de forma de diversão (2012, p. 7). Nas palavras do Ministro Marco Aurélio “questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem” (ADPF 347, 2015, DJe 09/09/2015, p. 14-15) e essas paixões estão em descompasso com a racionalidade na aplicação do Direito Penal.

Se vivemos um tempo de profundas e velozes transformações sociais, políticas e econômicas, maior a esperança que se deposita na postura contramajoritária das instituições democráticas, que, no desempenho equilibrado de suas funções sejam capazes de minimizar os até então desconhecidos efeitos que a pressão da opinião pública possa causar a uma jovem e maltratada democracia.

3 O princípio da presunção de inocência e sua compatibilidade com a execução provisória da pena

A Constituição Federal de 1988 fez, pela primeira vez, expressa previsão do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) ao determinar em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória”.

Entende-se que o acusado pela prática de um crime somente será declarado culpado ao fim do devido processo legal, tendo-lhe sido asseguradas a ampla defesa e o contraditório, e por sentença definitiva, ou seja, quando não há mais a possibilidade de recurso. Como ensina Cézar Peluso (2016) “nenhuma outra Constituição o consagrou literalmente”. O jurista, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, alerta ainda para o fato de que nossa Constituição “é o único ordenamento jurídico que revela essa amplitude da garantia, pois, introduzindo o vocábulo “ninguém”, não restringiu ao réu do processo penal”. Significa dizer que, durante toda a persecução estatal, e não só no processo, há que ser observada a presunção de inocência em todos os seus aspectos, ou seja, desde investigação preliminar, quanto ao suspeito ou investigado, assim como em procedimentos disciplinares, não podendo ser rechaçado enquanto houver um juízo de culpabilidade não definitivo.

Não havendo no texto constitucional nem no Código de Processo Penal a definição de “trânsito em julgado”, a doutrina e a jurisprudência concordam que a solução está no artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-lei 4.657/42, que diz “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso, assim como no artigo 502 do Novo Código de Processo Civil que se refere à coisa julgada material: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. “A doutrina e a jurisprudência associaram a noção de trânsito em julgado à noção de coisa julgada. O trânsito em julgado, assim, é o momento em que se verifica a coisa julgada” (Galvão, 2020).

O marco principal do princípio da presunção de inocência, conforme aponta a doutrina, é o período iluminista, do final do século XVIII quando surgiu na Europa Continental a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório adotado desde o século XII. Nesse período o acusado era, de regra, presumido culpado surgindo a necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado que a qualquer custo buscava a condenação. “Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. (Rangel, 2007, p. 23).

Antes, porém, e inspirando essa insurreição, a obra de Cesare Beccaria, “Dos delitos e das penas”, de 1764, chamava a atenção para o

postulado da presunção de inocência, advertindo o autor: “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode tirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. (Beccaria, 1997, p. 69). Essa obra influenciaria de forma decisiva uma ruptura com um modelo de processo como instrumento de arbítrio onde o réu era tratado de forma degradante, desumana.

No artigo 9º, IX da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 foi consignado que “todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido por lei”. Foi esta a primeira manifestação da ideia de presunção de inocência no plano legislativo. (Peluso, 2016).

Outro marco histórico importante do princípio da presunção de não culpabilidade foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), que estabelece em seu artigo 11.1 que “Todo ser humano 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”.

Já no século XX, outros diplomas internacionais consignaram em seus textos a presunção de inocência; O artigo 6.2 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, assevera que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. No Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, o artigo 14.2 prevê que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por fim, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 diz em seu artigo 8º §2º que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Os mencionados tratados internacionais utilizam-se das expressões “direito de ser presumido inocente”, “presume-se inocente”; “se presuma sua inocência”, enquanto a Constituição de 1988 estabelece que “não será considerado culpado”, não utilizando a expressão “inocente”, razão de

divergência na doutrina e na jurisprudência sobre qual seria a terminologia correta: presunção de inocência, presunção de não culpabilidade, entre outras.

Entende-se que as duas se equivalem em razão de ambas constarem do nosso ordenamento jurídico, afinal, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), nos quais constam a expressão “presunção de inocência”, são tratados internacionais de direitos humanos inseridos no direito interno Brasileiro por força dos Decretos 592 e 678/1992, gozando, portanto, de status de norma suprallegal, conforme posição assente no Supremo Tribunal Federal. (RE n. 466.343, Relator Ministro Cesar Peluso, DJe 04/06/21009).

Mais que isso, e o que realmente importa, é a substância do seu significado que Peluso (2016) resume como sendo “a garantia constitucional que proíbe a aplicação de qualquer espécie de sanção ou de outra medida que, gravosa à esfera jurídica do réu, seja causalmente dependente de um juízo de culpabilidade ainda não definitivo”. Assim, aquele que se encontra da condição de suspeito, investigado, indiciado, acusado ou réu, no processo penal ou no processo administrativo, não poderá sofrer nenhuma consequência gravosa deles advinda antes de um juízo de culpabilidade materializado em uma decisão transitada em julgado, ou seja, da qual não mais se possa recorrer.

Essa compreensão substancial da presunção de inocência é esquematizada pela doutrina de várias formas, contudo, sempre bem definidas estão a regra ou dever de tratamento e a regra probatória. Ferrajoli (2002, p. 442) entende que a regra de tratamento afasta ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal e a regra de juízo impõe o ônus da prova à acusação e, consequentemente “a culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”.

Nesse sentido, Peluso (2016) adverte que à acusação cabe provar a procedência da acusação e, em não o fazendo, o acusado há que ser obrigatoriamente declarado inocente pelo juiz (*in dubio pro reo*). Ademais, havendo dúvida na interpretação das regras penais e processuais penais, ela deve ser sempre favorável ao réu (*favor rei*).

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida

razoável e não este de provar sua inocência.

[...]

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional de não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal. (2021, p. 46-47).

Na visão de Aury Lopes Jr. (2019, p. 98-99) a presunção de inocência tem como consequência obrigatória um dever de tratamento que atua no processo interna e externamente. Para o processualista, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz (para Peluso: regra de juízo, regra decisória). Ele deve determinar que a carga probatória seja inteiramente ao órgão de acusação, não havendo que pesar sobre o acusado o ônus de provar sua inocência e, em havendo dúvida, outro caminho não há senão a absolvição (*in dubio pro reo*). Ademais, a presunção de inocência implica em sérias restrições ao manejo de prisões cautelares. Por fim, o autor salienta que externamente ao processo, a presunção de inocência veda a publicidade abusiva em torno do fato criminoso e do processo, e conclui que “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”. (Lopes Jr., 2019, p. 98-99)

Na mesma linha, José de Assis Santiago Neto e Kamilla Faria Melo, explicam que o regime jurídico das prisões e das medidas cautelares se mostra como uma das mais relevantes consequências dessa regra de tratamento que decorre do princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade. Não sendo tratado como culpado, nenhuma medida restritiva de sua liberdade poderá ser adotada como antecipação de pena. “Isso nos levará à conclusão de que toda restrição da liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve derivar de absoluta necessidade e fundamentar-se em bases cautelares para serem legítimas”. (2020, p. 167-168).

Há que ser ressaltado também que essa regra de tratamento deve ser observada entre particulares, evitando-se a estimatização e seus irreversíveis efeitos potencializados na era digital. Assim, diante da garantia constitucional da não culpabilidade veda-se qualquer forma de prejulgamento por parte não só do aparato estatal, mas também por parte da sociedade e do Poder Judiciário. (Fernandes, 2020, p. 626).

Qual seria então o tratamento a ser dispensado ao réu condenado pelo Tribunal do Júri, quando pendente recurso de apelação?

O artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13. 964/2019, conhecida como Lei Anticrime, faz expressa previsão de execução provisória da pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, a ser determinada pelo juiz presidente mesmo havendo a interposição de recursos. A nova redação conferida ao dispositivo foi um ingrediente a mais no debate sobre a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição e a soberania dos vereditos.

Está-se diante de flagrante inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição ou essa reforma representa um avanço legislativo tendente a contribuir para a efetividade da tutela penal? Antes de tentar responder a esses questionamentos é necessária, ainda que breve, uma análise histórica da presunção de inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A partir da redemocratização e a instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, a presunção de inocência nela estabelecida tem sido interpretada e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal sem a desejável estabilidade dos entendimentos, cujo histórico mostra idas e voltas que atentam contra a segurança jurídica (Fernandes, 2020, p. 627-659).

O STF entendia que era possível a execução provisória da pena até 2009. O réu condenado deveria aguardar preso o julgamento de eventual recurso especial ou recurso extraordinário. Neste mesmo ano, o STF, no HC 84.078, por maioria de votos, mudou seu entendimento, reconhecendo que a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória contrariava o princípio da presunção de inocência, asseverando no acórdão⁴:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (HC 84.078, Rel. Ministro Eros Grau, julg. em 05/02/2009).

O tribunal ressaltou ainda que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, como se vê

⁴ Optou-se por transcrever os trechos dos acórdãos para facilitar a contextualização dos principais argumentos utilizados pelos Ministros.

na conclusão do Ministro Relator Eros Grau:

[...] firme no entendimento de que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. (HC 84.078, Rel. Ministro Eros Grau, julg. em 05/02/2009).

Estava, pois, definido que o marco processual para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade era o trânsito em julgado da sentença condenatória e a prisão antes de sua verificação somente seria possível se estivesse revestida de natureza cautelar. “Assim, a decisão do citado HC n. 84.078 deixava expresso que não existira no Brasil a execução provisória (antecipada) da pena”. (Fernandes, 2020, p. 628).

Ocorre que o STF, no julgamento do HC n. 126.292/SP, que se deu em 17/02/2016, entendeu que seria possível o início da execução da pena diante de um acórdão condenatório de 2º grau, ficando assente que o recurso especial ou extraordinário não possuem efeito suspensivo:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (HC n. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 17/02/2016)

A decisão claramente estabeleceu limites ao princípio da inocência, ressaltando a necessidade de equilíbrio desse princípio e a atividade jurisdicional.

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária **não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual**. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis

ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. (HC n. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 17/02/2016, grifamos)

Não há dificuldade em se perceber que o exemplo citado no acórdão pelo Ministro Relator Teori Zavascki inverte a ordem do Estado Democrático de Direito numa tentativa de adequar a Constituição Federal ao ordenamento infraconstitucional, o que é recorrente na persecução criminal estribada em um Código em vigor há mais de oitenta anos.

Essa mudança de entendimento recebeu severas críticas da comunidade jurídica, inclusive por parte dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal que foram contrários a ela. Vários argumentos utilizados na decisão foram atacados.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 631-638) apresenta algumas dessas críticas em vários tópicos que abordam, por exemplo a extensão do princípio da presunção de inocência; a questão da legitimidade; o respaldo no cenário internacional; a efetividade da jurisdição penal; a incompatibilidade da jurisprudência majoritária na década de 1990, dentre outros.

Pouco mais de três anos se passaram e, no julgamento das ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁵ que exige o trânsito julgado da condenação para que se dê início à execução da pena, sendo portanto, compatível com o princípio da não culpabilidade. Voltou a ser vedada a chamada execução provisória ou antecipada da pena.

É importante ressaltar que esse retorno ao posicionamento de 2009 manteve intacta a possibilidade de prisão cautelar do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, como nos casos em que estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva conforme disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.⁶

5 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

6 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem

O Plenário do STF, por maioria de votos julgou procedentes pedidos formulados nas mencionadas declaratórias de constitucionalidade para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, prevalecendo o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. (ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, julg. 07/11/2019).

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio, sobre a interpretação a ser dada ao artigo 283 do CPP, assim se pronunciou:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A CF consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do art. 312 do CPP (3) e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

[...]

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela CF, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

[...] A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores. (ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, julg. 07/11/2019).

Prevaleceu, portanto, no Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente é possível se se revestir de caráter cautelar, sendo, portanto, vedada a execução provisória da pena privativa de liberdade por ofender o princípio da presunção de inocência previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

A decisão por maioria de votos, sendo seis contrários e cinco favoráveis à execução de penas antes do trânsito em julgado da sentença

econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

condenatória e a nova composição do STF são sinais de que se está longe de uma estabilidade hermenêutica acerca da presunção de inocência.

4 A presunção de inocência e a soberania dos veredictos no Tribunal do Júri

Agora cumpre tratar da (im)possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade em caso de condenações pelo Tribunal do Júri.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXVIII reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O júri encontra-se no rol dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, sendo expressa manifestação do princípio democrático, pois permite a participação popular junto ao Poder Judiciário. É órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum estadual ou federal e o fato de não estar inserto no capítulo dedicado ao Poder Judiciário – artigos 92 a 126 da Constituição – não afasta sua natureza jurídica de órgão especial da Justiça Comum. (Lima, 2021, p. 1.210)

Dentre as garantias constitucionais do júri, a soberania dos veredictos tem sido argumento a justificar a execução provisória de condenações emanadas do tribunal popular. A decisão coletiva proferida pelos jurados representa a vontade popular e não pode ser alterada por um Tribunal composto por juízes togados uma vez que o texto constitucional conferiu ao júri a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Contudo, a impossibilidade de modificação da decisão do Tribunal do Júri em grau de recurso se limita ao mérito, o que significa dizer que é recorrível, portanto, não definitiva. É perfeitamente possível que o Tribunal dê provimento ao recurso para sujeitar o acusado a novo julgamento. (Lima, 2021, p. 1.213)

Conforme disposto no artigo 593, inciso III, e parágrafo 3º do Código de Processo Penal.⁷, em caso de apelação, quando a impugnação

7 Art. 593. Caberá apelação no prazo de cinco dias: [...]III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do Juiz Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. §3º Se a apelação se fundar no nº III, letra d, deste artigo, e o Tribunal *ad quem* se

guardar relação com o mérito da causa, ou seja, conforme alínea “d” do mencionado dispositivo, “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”, se o Tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento, o que poderá ocorrer uma única vez pelo mesmo motivo.

Nos demais casos, ou seja, quando a impugnação estiver relacionada não com o mérito da causa, mas com a decisão do Juiz-Presidente, esta poderá ser modificada pelo Tribunal de Apelação, o que não atentaria contra a garantia constitucional da soberania dos veredictos. A 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal possui precedentes admitindo a execução da pena decorrente de condenações pelo Tribunal do Júri, independente do julgamento de apelação ou qualquer outro recurso, fundamentados na soberania de suas decisões. (HC n. 140.449/RJ red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018).

Em outro julgado, o STF reforça o entendimento da soberania do júri popular, argumentando sobre a impossibilidade de revolvimento dos fatos e provas em caso de recurso de apelação:

[...]

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também o caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. (HC n. 118.770/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07/03/2017, DJe. 20/04/2017).

Observa-se, todavia, que esses precedentes antecedem ao julgamento das ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e consequentemente vedando a execução

convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

antecipada da pena.

Sendo, pois, perfeitamente possível que o Tribunal dê provimento ao recurso de apelação para sujeitar o acusado a novo julgamento, conclui-se que, no Tribunal do Júri, a soberania dos veredictos que impossibilita a reapreciação dos fatos e provas em grau de apelação não autorizam a execução provisória da decisão condenatória. Isso porque o colegiado popular poderá ser chamado a decidir novamente. Não parece correto desconsiderar-se a possibilidade de um novo julgamento no qual venha a ocorrer a absolvição.

Para a prisão do condenado, em tais casos, haveria que se tratar de prisão preventiva, de natureza cautelar, se presentes os seus requisitos e havendo extrema e comprovada necessidade, à luz do que dispõe o artigo 312 do CPP.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, a alínea “e”, inciso I do artigo 492 do Código de Processo Penal recebeu nova redação, fazendo a previsão expressa de execução provisória da pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, a ser determinada pelo juiz presidente mesmo havendo a interposição de recursos⁸. Nesses casos, o patamar da pena imposta impede expressamente que a apelação interposta tenha efeito suspensivo (artigo 492, §3º). Trata-se, a nosso ver, de marco normativo que se contrapõe à Constituição Federal à medida em que desconsidera o postulado da presunção de inocência, assim como o princípio do duplo grau de jurisdição. Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2020) entendem que a parte final do dispositivo em comento, ao determinar a execução antecipada da pena quando for igual ou superior a 15 anos, mostra-se como um grande erro do legislador. Primeiro porque viola a presunção de inocência tratando o réu como culpado, executando

8 Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I - no caso de condenação: a) fixará a pena-base; b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código; e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; e f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; [...] §4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. §5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; e II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

antecipadamente sua pena sem respeitar o trânsito em julgado. Ademais, alertam os autores: “da decisão do júri, cabe apelação em que podem ser amplamente discutidas questões formais e de mérito, podendo haver novo júri tanto por reexame formal do procedimento como também material, no reexame da decisão de mérito tomada pelos jurados”.

Paulo Queiroz (2020) explica que a reforma do dispositivo em comento, “ressuscitou a velha e má prisão preventiva obrigatória prevista na redação original do Código de 1941”. Nas palavras do autor:

Semelhante previsão (prisão preventiva obrigatória), além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional, visto que: 1)ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2)viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3)estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4)o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5)a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena. (Queiroz, 2020, grifo do autor).

Discorrendo sobre uma prisão preventiva sem cautelaridade, que, entre nós, é expressamente vedada pelo 313, §2º do CPP, Ferrajoli (2002, p. 444) sustenta ser “a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à ‘estrita necessidade’ instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social [...]”. O jurista italiano lembra ainda que Carrara a chamou de “injustiça necessária”, entendimento este que vem sendo reeditado no Brasil, tendo como missão de evitar a desmoralização do sistema de Justiça Penal, como deixou claro o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux. (SL. 1504 MC/RS).

A doutrina alerta ainda que a Lei 13.964/19 colocou o artigo 492, inciso I, alínea “d” do Código de Processo Penal em rota de colisão com o seu artigo 283, que também recebera nova redação e estabelece “que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita

e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado". (Lima, 2021, p. 1288). Seria, pois, no mínimo muito estranho o fato de uma lei que, com o escopo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, viesse determinar a execução provisória da pena em um dispositivo e vedá-la em outro, ambos com nova redação por ela conferida. Trata-se de inadmissível incoerência, incompatível com um sistema jurídico democrático.

Importante também consignar aqui a proposta da doutrina no sentido de ser rediscutida a existência de coisa julgada parcial no Tribunal do Júri. "a partir da ideia de momentos preclusivos distintos para os capítulos da condenação e da dosimetria". (Rodrigues, 2020). Nessa proposta, a execução da pena imposta pelo Tribunal do Júri, mesmo pendente de julgamento eventual recurso de apelação, seria legal e constitucionalmente adequada se o objeto da impugnação se limitasse a suposto erro na dosimetria da pena. O autor aponta ainda outras situações em que operar-se-ia a coisa julgada parcial dos fatos julgados pelo Tribunal do Júri, e defende também que, a confirmação da condenação em segunda instância é marco processual para o início da execução da pena nos demais casos⁹.

Outra proposta merecedora de reflexão é de Fernando A. N. Galvão da Rocha (2020) que consiste em uma mudança no conceito de coisa julgada, com a alteração do §3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, do qual passaria constar a expressão "trânsito em julgado". O autor sugere a seguinte redação: "considera-se transitada em julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo".

Ressalte-se que o STF já formou maioria de seis votos a três a favor da tese de execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, sendo que o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1235340/SC (Tema 1068) foi direcionado para o plenário presencial, decisão esta que manterá instável o tema da presunção de inocência. (RE nº 1235340/SC Rel. Ministro Roberto Barroso). No julgamento das Ações Direitas de Constitucionalidade nº 43 e 40, ao modificar o precedente de forma a vedar a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, além das críticas já mencionadas, o Supremo Tribunal Federal provocou reações também do legislador. Na Câmara dos Deputados a PEC nº 410/2018 visava a alteração do inciso LVII do artigo 5º da Constituição

9 Paulo Gustavo Rodrigues (2020) faz uma interessante explanação sobre a possibilidade da formação de coisa julgada parcial em relação à culpa do réu ante a sentença condenatória do procedimento do júri.

Federal, que passaria a ter a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”¹⁰. Por sua vez, no Senado, a PEC nº 05/2019, visa a inserir o inciso XVI-A no artigo 93 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “A decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos”.

A compreensível preocupação manifestada nas propostas de modificação de normas constitucionais e infraconstitucionais tendentes a dar nova dimensão ao conceito de coisa julgada não se alinham ao postulado da presunção de inocência, que constitui cláusula pétreia estampada no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, hermético a qualquer reforma que vise a sua aniquilação ou restrição. Como ensinam Streck e Cattoni (2019), quando a Constituição proíbe que seja objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir “direitos e garantias fundamentais” isso significa que os mesmos podem ser ampliados e desdobrados, contudo, jamais abolidos direta ou indiretamente, não podendo ser restringidos, “porque restrição é também, para efeito do disposto no artigo 60, §4º, IV da Constituição, abolição violadora do princípio constitucional de proibição do retrocesso”.

Conforme até aqui exposto, em que pese a anunciada decisão em contrário do STF, o princípio constitucional da inocência estende-se aos julgamentos pelo Tribunal do Júri. A condenação do acusado pelo conselho de sentença, a despeito de se tratar de juízo colegiado cujos veredictos são soberanos, não afasta a presunção de não culpabilidade e consequentemente não autoriza a execução imediata da pena imposta independentemente do seu *quantum*, como pretendeu o legislador ordinário com a reforma em comento. O contrário consistiria em afronta também ao princípio do duplo grau de jurisdição decorrente do devido processo legal.

4.1 “O caso da Boate Kiss” e a difícil (impossível) missão imposta ao Processo Penal

A tragédia brasileira que ficou conhecida internacionalmente, como o “O caso da boate Kiss” resultou em um julgamento cercado de muita pressão popular e midiática, tendo sido anulado.

¹⁰ A última ação legislativa registrada para a Proposta de Ementa Constitucional nº 410/2018 é para seu arquivamento conforme parecer pela inadmissibilidade. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>. Acesso em: 12 jan. 2022.

A execução imediata das penas impostas aos condenados por uma tragédia com repercussão internacional expõe um tormentoso ponto de tensão entre a substância da presunção de inocência, as expectativas sociais e o peso que elas exercem sobre as instituições.

Nos exatos termos da nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “d” do Código de Processo Penal, conferida pela Lei 13.964/2019, ao fim do julgamento, em 10 de dezembro de 2021, o Juiz Presidente determinou a imediata execução da sentença por terem sido impostas aos condenados penas superiores a 15 anos de reclusão. Contudo, um dos réus havia obtido junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Processo Eletrônico nº 0062632-23.2021.8.21.7000) liminar em ação de *habeas corpus* preventivo, fazendo com que se retratasse o Juiz-Presidente quanto à execução provisória das penas impostas e estendesse aos demais condenados o salvo-conduto.

A liminar, concedida na data de encerramento do julgamento (10/12/2021), permitiu que os condenados pelo Tribunal do Júri continuassem em liberdade, o que ocorreu durante todo o curso do processo. O Desembargador Manuel José Martinez Lucas, ao conceder a liminar, dentre outros fundamentos, se norteou pelo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça que, através das duas turmas que detêm competência para a matéria criminal (5^a e 6^a), têm entendimento pacífico, contrário à execução provisória de sentença condenatória pelo Tribunal do Júri, entendimento este mantido mesmo após a nova redação conferida ao artigo 492, inciso I, alínea “d” do CPP.

Tanto na concessão da liminar quanto na sua posterior ratificação e concessão em definitivo da ordem de *habeas corpus* foram colacionados precedentes do STJ neste sentido, dos quais se extrai que:

[...]

Contudo, o entendimento predominante na Quinta e Sexta Turmas desta Corte segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução imediata de condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.
Precedentes. (AgRg no RHC 130.301/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, jul. 14/09/2021, DJe 20/09/2021) (Grifamos).

[...]

2. A Sexta Turma do STJ, ao examinar o assunto, concluiu que, com a mudança do entendimento do STF, a segregação advinda do esgotamento da jurisdição ordinária, determinada pelo Tribunal de

origem, tornou-se ilegal, situação que enseja a intervenção imediata desta Corte. 3. No caso, o paciente respondeu solto ao processo e sua prisão decorreu unicamente da finalização da jurisdição ordinária, a sua soltura é medida que se impõe. (AgRg no HC 530.499/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 19/05/2020, DJe 28/05/2020) (Grifamos).

[...]

1. Após o julgamento da Suprema Corte das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, **houve alteração legal no art. 492, inc. I, alínea “e”, do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.** 2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como **decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.** (HC 623.107/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 15/12/2020, DJe 18/12/2020) (Grifamos).

Contudo, em 14 de dezembro de 2021, quatro dias após, e antes mesmo da concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, que se deu em 17/12/2021, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luis Fux, em Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.504/RS, requerida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, suspendeu a liminar que mantivera os condenados em liberdade após o julgamento:

[...]

Ao impedir a imediata execução da pena imposta pelo Tribunal do Juri, ao arrepião da lei e da jurisprudência, a decisão impugnada abala a confiança da população na credibilidade das instituições públicas, bem como o necessário senso coletivo de cumprimento da lei e de ordenação social. Destarte, no presente caso, deve prevalecer a determinação do Tribunal de Júri de execução imediata das penas impostas aos réus, nos termos do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal.

[...]

[...] *ex positis*, DEFIRO o pedido liminar, com fundamento no §7º do art. 4º da Lei 8.437/92, para suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 70085490795 (0062632-23.2021.8.21.7000), pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de haja o cumprimento imediato das penas atribuídas aos réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, pelo Tribunal do Júri. (Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.504/RS. Ministro Presidente Luiz Fux).

Em 15 de dezembro de 2021, o Ministro Presidente deferiu outro pedido do *parquet*, na mesma cautelar, para, desta vez, sustar os efeitos da concessão do mencionado *habeas corpus*:

[...] *Ex positis*, nos termos do art. 4º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8.437/1992, e ratificando a liminar anteriormente proferida nestes autos, DEFIRO o pedido formulado pelo Ministério Público, para sustar os efeitos de eventual concessão do *Habeas Corpus* nº 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reiterando a determinação de cumprimento imediato das penas atribuídas aos réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão. (Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.504/RS. Ministro Presidente Luiz Fux).

Não cabe nos propósitos do presente trabalho aprofundar no estudo da econômica e polêmica decisão do Ministro Presidente Luiz Fux. Certo é que, “O caso da Boate Kiss”, com suas intercorrências, exige uma reflexão que vá além das respostas esperadas em casos de tamanha gravidade e repercussão.

Para uns o respeito à Constituição e à legislação infraconstitucional já bastaria; outros assim também esperam, acrescentando a condenação dos envolvidos a penas severas; outros mais, anseiam por uma punição exemplar a qualquer custo. Contudo, a racionalidade é que deve prevalecer.

A condenação e a execução imediata da sentença, como inicialmente se deu no caso em comento, não deveriam bastar neste contexto de instabilidade em torno da presunção de inocência e do próprio Estado Democrático de Direito. A resposta que toda a sociedade e, principalmente, vítimas e familiares esperam talvez não possa ser dada pelo Direito Penal e Processual Penal isoladamente, porque ele, o Direito, não é instrumento redentor, como disse Coutinho (2016). Os mais graves problemas sociais, a exemplo da criminalidade crescente e a crise das instituições, não são adequadamente enfrentados em suas origens e consequências, sendo histórica a tática da reação inebriante.

Eis o exemplo de um problema grave que não é adequadamente enfrentado pelo Estado: a morosidade na prestação da tutela jurisdicional penal. Nas palavras de José Emilio Medauar Ommati (2019, p. 177) “o

problema, portanto, da morosidade do Poder Judiciário, não se encontra nas garantias constitucionais, mas sim em uma estrutura defasada do próprio Estado". Essa morosidade, em se tratando do processo penal, está escancarada desde o início, lá na investigação preliminar. De regra, o que se vê são delegacias de polícia desestruturadas, carentes de recursos de toda espécie, principalmente de servidores, onde milhares de inquéritos policiais mofam nas prateleiras. Até o momento, a revolução tecnológica pouco significou para a investigação, notadamente no interior dos estados, a exemplo de Minas Gerais, onde uma prancheta e tinta preta foram utilizadas na coleta de impressões digitais para a identificação civil até os anos 20 do século XXI.

Na tentativa de justificar uma indevida relativização da presunção de inocência, é recorrente o argumento da efetividade e credibilidade do Sistema de Justiça Criminal, notadamente em casos de grande repercussão. Não poucas vezes foi asseverado que ao se aguardar o trânsito em julgado de sentença condenatória para o início da execução da pena, em muitos casos, significa a extinção da pretensão punitiva pelo decurso do tempo, o que provocaria a desconfiança da população nas instituições democráticas. Interpretações nesse sentido não levam em conta que o Estado não pode lançar sobre o indivíduo a responsabilidade pelo desprestígio de suas instituições.

Esses argumentos levam à conclusão de que interpretação do texto constitucional referente ao postulado da inocência visa a resolver um problema concreto que está além do caso penal a ser decidido: o descrédito das instituições públicas. Esse agir muito se aproxima do que J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.211) denomina de método tópico-problemático de interpretação da constituição, através do qual

Os aplicadores-intérpretes servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descobrir dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.

Conforme adverte o constitucionalista lusitano, há, por esse método, uma tentativa de adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto, e não o contrário. "A concretização do texto constitucional a partir dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas". (Canotilho, 2003, p. 1.212).

Definitivamente, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é o espaço destinado à solução de problemas estruturais

do Estado, assim como a inobservância de direitos fundamentais do réu não se faz curativo para as feridas institucionais. Ao contrário, como ensina Rosemíro Pereira Leal, que, ao enumerar os aspectos relevantes de sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo, aduz que “a Constituição, nesta teoria, é um título executivo extrajudicial quanto aos direitos fundamentais nela constitucionalizados”. (2018, p. 149).

É preciso, pois, refletir sobre os riscos da estratégia de se responder às expectativas sociais, e qual o seu custo/benefício em matéria de credibilidade institucional. Seria muito fácil para o Estado responder aos mais graves conflitos sociais com exemplares condenações criminais. Pouco lhe custa, em casos desta natureza, fazer parecer que seu dever foi cumprido, deixando à própria sorte todos os envolvidos, vítimas e condenados. É fato que os dois lados não viram cumpridas as promessas do Estado Democrático de Direito, continuando em aberto o título executivo. Os condenados presumidamente culpados foram imediatamente recolhidos ao cárcere antes da análise do recurso que foi provido, implicando na necessidade de um novo julgamento.

Aos demais, vítimas sobreviventes, familiares, sociedade, não foi dito onde estava o Estado antes da tragédia e onde ele está depois dela, já que muitas outras a sucederam.

Assim, sem descuidar das contingências e consequências da era digital para o Direito e, sobretudo para o Direito Penal e Processual Penal, somente pode-se lograr avanços, ou, pelo menos, evitar retrocessos, se este momento disruptivo for permeado pela consciência do que representa e o quanto custou a conquista da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade e de todas as outras que integram o devido processo constitucional. Pode-se, então, concluir com Leal:

A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama criadora e condutora de uma sociedade jurídica sob o signo do Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CF/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no discurso constitucionalizado e não mais o das estruturas morais, éticas e econômicas do quotidiano nacional. (2018, p. 143).

Nesse raciocínio, não basta a Constituição escrita numa folha de papel, como ensina Lassalle (2001), é necessário que o processo civilizatório mantenha o seu curso e isso depende de quanto do projeto do Estado Democrático de Direito venha se tornar realidade.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da instabilidade hermenêutica acerca do princípio do estado de inocência cravado como cláusula pétrea do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

Partindo da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com suporte na doutrina, objetivou-se provocar reflexões sobre a constitucionalidade da execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, fundada na soberania dos veredictos, conforme disposto no artigo 5º, XXXVIII, “c” da Constituição de 1988, notadamente em face de alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019.

O estado jurídico de inocência, tema amplamente debatido, não só no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas na sociedade como um todo, está longe de uma pacificação condizente com a desejada e prometida segurança jurídica.

Após debruçar sobre alguns dos votos que formaram a maioria no STF, tanto para admitir quanto para vedar a execução provisória ou imediata da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (HC 126.292/SP; ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF), e com aportes doutrinários, conforme exposto nos tópicos do trabalho, conclui-se que o atual entendimento daquele órgão deve prevalecer por corresponder à escolha democrática que fez inserir o princípio da presunção de inocência e sua máxima amplitude como cláusula pétrea no texto constitucional.

Conclui-se ainda que tal princípio há que prevalecer nos julgamentos pelo Tribunal do Júri. A condenação do acusado pelo Conselho de Sentença, a despeito de se tratar de juízo colegiado cujos veredictos são soberanos, não afasta a presunção de não culpabilidade e consequentemente não autoriza a execução imediata da pena imposta, independentemente do seu *quantum*.

Em que pese a anunciada decisão em contrário do STF, o raciocínio se aplica também à condenação pelo Tribunal do Júri a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, ensejando a execução provisória da sentença mesmo pendente de julgamento eventual recurso de apelação. Mostra-se, pois, inconstitucional, a alínea “e”, inciso I, artigo 492 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime),

Por fim, os argumentos contrários à máxima amplitude da

presunção de inocência, tais como a necessidade de se resguardar ou restaurar a credibilidade das instituições públicas e a efetividade da tutela jurisdicional penal, não devem prosperar em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, a lógica da relativização de direitos e garantias fundamentais (leia-se: execução antecipada ou provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória), declaradamente destinada a atender expectativas sociais pode ser perigosa em uma sociedade tão complexa. Seria admitir que, se assim não fosse, não haveria punição, admitindo-se, em outras palavras, a falência das instituições democráticas cujas consequências seriam suportadas não por elas, as instituições, e sim, pelo indivíduo envolvido em casos penais de grande repercussão.

A punição é necessária e faz parte do projeto civilizatório também democraticamente traçado. Contudo, para que seja legítima, há que observar em sua totalidade o sistema de direitos e garantias fundamentais que abre, propositalmente, o texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchsei de. **Dos delitos e das penas.** Tradução Luciana Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal.** Campinas: Servanda Editora, 2012.

CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMENS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_

por. Acesso em: 13 set. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Quem adere à cultura punitivista pressupõe que nunca será uma de suas vítimas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-14/quem-adere-cultura-punitivista-pressupoe-nunca-vitima>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão - Teoria do garantismo penal.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rosemilo Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. rev., aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Prisão obrigatória no júri é mais uma vez inconstitucional.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. **Entendendo os direitos humanos.** Belo Horizonte: Expert Editora, 2021.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/505869/declaracao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** 1966. Disponível em: <http://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

PELUSO, Cezar. É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia> . Acesso em: 12 jan. 2022.

PELUSO, Cezar. **Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia>. Acesso em: 12 jan. 2022.

QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva.** Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 12 jan. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Execução provisória de pena no projeto “anticrime”. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência:** estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 873-910, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SANTIAGO NETO, José de Assis; MELO, Kamila Faria. A Presunção de Inocência e a crise existencial do processo penal brasileiro: a liquidez de um princípio pétreo para o processo penal democrático. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência:** estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

STRECK, Lênio Luiz Streck; CATTONI, Marcelo. **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição.** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constitucionalidade>. Acesso em: 07 jan. 2022.

Capítulo 9

DESCRIMINALIZAÇÃO DE DROGAS: AFINAL É COMPETÊNCIA DO STF OU DO LEGISLATIVO?

Vinícius da Costa Gomes¹

1 Introdução

O STF está julgando a possível descriminalização do porte de drogas no RE 635.659/SP. A corte, inclusive, já formou maioria decidindo a favor da descriminalização (5 votos a 1 – 25/08/23)². O tema por si só é de grande repercussão, afinal trata-se de um assunto que envolve aspectos jurídicos, culturais, sociais, relacionadas a crença, dentre outros. A decisão parcial da corte foi, por exemplo, alvo de diversos questionamentos no âmbito do Legislativo. O presidente do Senado Federal afirmou que a descriminalização se trata de equívoco grave e que a decisão do STF sem discussão no Congresso e sem criação de programas de saúde pública, seria verdadeira “invasão de competência do Poder Legislativo”.

1 Docente na Universo/MG, Nova Faculdade/MG, Promove/MG, Kennedy/MG e Santa Úrsula/RJ. Assessor na Ouvidoria de Prevenção e Combate à Corrupção do Estado de Minas Gerais. Mestre em “Instituições sociais, direito e democracia” pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático com certificação pela Universidade de Coimbra/Portugal, em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e em “A moderna Educação: metodologias, tendências e foco no aluno” (Neurociência da educação; metodologias ativas; etc) pela PUC/RS. Mediador internacional de conflitos pela Universidade Católica Portuguesa - Porto com certificação pelo International Mediation Institute e Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Avaliador do MEC e da OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Ex-conselheiro estadual da Cruz Vermelha de Minas Gerais, ex-membro da comissão do Direito na Escola da Ordem dos Advogados do Brasil - Minas Gerais, ex-embaixador do programa Politize, ex-membro da organização Inspira Sonhos Real e membro da organização Marmita Solidária. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Formação complementar: “Docente jurídico” e “Ensino participativo” na Fundação Getúlio Vargas; “Professor autor e tutor em ensino à distância” na Fundação João Pinheiro; “Justice” pela Harvard University/EUA; “Ética” e “Ciência Política” pela USP; e, “Professor Digital” pelo Google Inc; “Tecnologia da Informação e Comunicação para Educadores” pelo Instituto Federal Minas Gerais. Possui experiência na área do Direito Público. email: viniciuscg@gmail.com; instagram profissional: profviniciusgomes; YouTube: profviniciusgomes

2 O artigo irá analisar principalmente o voto do ministro Gilmar Mendes que foi o relator do RE. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

A afirmação do parlamentar pode ser apenas um reflexo da análise da própria sociedade brasileira sobre a corte. Algumas pesquisas realizadas no decorrer dos últimos anos indicam que realmente há desconfiança sobre a atuação do STF. A AtlasIntel, por exemplo, entrevistou 2,2 mil pessoas entre 10/1/23 e 11/1/23 sobre a confiabilidade na corte³. Há um empate técnico entre a parcela de brasileiros que confiam e a que desconfiam do STF: 44,9% dizem confiar na corte e 44,8% afirmam não confiar (os 11% restantes não têm opinião formada sobre o tribunal). A pesquisa da Datafolha de 2021 já indicava críticas a essa corte⁴. A pesquisa reuniu 2.556 pessoas em 183 municípios de todo o Brasil⁵ e foi realizada entre 27 e 28 de julho de 2021. A análise indicou que 23% dos entrevistados entendem que o STF realizou um trabalho bom ou ótimo e 33% que o trabalho foi ruim ou péssimo. Entre os dias 13 e 16 de dezembro de 2021, os índices eram de 23% para bom ou ótimo e 34% para ruim ou péssimo. Nota-se que a pesquisa não pretende comprovar a rejeição ou não da corte, mas somente demonstrar que realmente se trata de uma possibilidade para a afirmação do parlamentar. Necessário ressaltar que os parlamentares são eleitos, desta forma, em muitas situações se pronunciam para atingir as suas bases eleitorais. Contudo, há um aspecto que sempre surge nesses debates: realmente há invasão de competência? Quais são os limites da atuação dos poderes em temas dessa magnitude? A presente pesquisa irá utilizar do caso da decisão sobre a descriminalização das drogas para indicar alguns aspectos essenciais a esses questionamentos.

2 Competência do STF e do legislativo: os limites e os freios e contrapesos

As críticas do chefe do Senado Federal tratam de uma possível invasão do STF nas competências do Legislativo. Nota-se pela fala do parlamentar que ele entende que tratar da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal seria função do Legislativo e que eventual decisão do Judiciário sobre o tema se tornaria verdadeira ofensa à tripartição

3 A pesquisa completa foi acessada a partir do site de notícias que encomendou a apuração ao instituto. Ressalta-se que o site tem o link do arquivo da pesquisa completa e esse foi o utilizado no artigo. Acessado em 06/09/23 no site: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/brasileiros-estao-rachados-em-relacao-a-confianca-no-stf-diz-pesquisa-atlasintel-jota-13012023>

4 Acessado em 06/09/23 no site: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/datafolha-stf-tem-33-de-reprovacao-e-23-de-aprovacao.shtml>

5 A pesquisa tem índice de confiança de 95%. A margem de erro é de dois pontos percentuais, para mais ou para menos.

de poderes prevista na Constituição. Portanto, para entender se há ou não invasão de competência é necessário primeiro analisar as competências dessas funções estatais.

Inicialmente, é necessário explicar que a tripartição de poderes prevista na Constituição de 1988 não pressupõe uma absoluta separação das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário. O texto constitucional, na verdade, traz um rol de competências típicas dessas funções estatais, mas também estabelece funções atípicas. Além disso, como o nome “freios e contrapesos” demonstra, há na verdade uma autonomia desses entes, mas há também mecanismos de influências para evitar o abuso de poder de qualquer um desses entes (com o fim de manter a autonomia e independência). Bernardo Fernandes explica que a lógica constitucional é de que “apenas poder limita poder”, assim cada órgão tem de cumprir a sua função essencial e atuar para impedir que o outro abuse de sua competência. Desta forma, não há somente uma racionalização da atividade estatal, mas sim, verdadeira preocupação pela manutenção da democracia (FERNANDES, p. 338 a 342).

O Legislativo tem como funções típicas inovar no ordenamento jurídico (confeccionar leis) e fiscalizar os demais poderes⁶. Nota-se que a função de fiscalizar os demais poderes já demonstra essa ideia de influência de um poder no outro (“contrapesar”). A CR/88, na verdade, traz diversos dispositivos que indicam essa limitação de um poder ao outro (ex: impeachment; veto; etc).

O Judiciário, por sua vez, tem como função resolver os conflitos (solucionar o caso concreto). Além disso, o texto constitucional trouxe como competência do Judiciário a possibilidade de verificar a compatibilidade das normas com a Constituição de 1988 (efetuar o controle de constitucionalidade). Ou seja, trouxe um mecanismo de “poder limitando poder”.

Crucial, nesse momento, evidenciar que há de fato um freio e contrapeso de um Poder sobre o outro. Cabe ao Legislativo inovar no ordenamento jurídico e ao Judiciário resolver os conflitos advindos da aplicação dessa norma, portanto, o Judiciário está limitado pelos limites criados pelo legislador. No entanto, a função de verificar se as normas criadas

6 O termo Poder é criticado pela doutrina constitucional acertadamente, já que só há um poder uno. O indicado seria utilizar os termos funções estatais e não poderes. Contudo, como o nome “Poder” é utilizado cotidianamente e o artigo busca trazer informações a juristas e leigos sobre o tema, optou-se pela utilização do termo Poder para se referir ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

são compatíveis com a Constituição é de competência do Judiciário, ou seja, o legislador está limitado pela Constituição e cabe ao Judiciário efetuar essa proteção. Conclui-se que há um freio ao Judiciário, julgar conforme as normas postas pelo Legislativo. Entretanto, há um contrapeso, cabe ao Judiciário avaliar se essas normas são compatíveis com a Constituição. O Legislativo por sua vez tem o poder de inovar no ordenamento jurídico, mas está limitado pela CR/88 e o Judiciário fiscaliza essa atuação.

Efetuando-se uma análise inicial, constata-se que a investigação da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal traz a seguinte conjectura: Primeiro, cabe ao Legislativo normatizar sobre a criminalização, a despenalização ou a legalização da posse de drogas para consumo (ou seja, é competência do parlamento estabelecer políticas públicas sobre o tema). Contudo, esse poder não é ilimitado, posto que ele deve ser balizado pelos limites previstos no texto constitucional. Segundo: o Judiciário não pode interferir em todos os aspectos, já que não cabe a ele definir quais as políticas públicas que irão determinar a atuação do poder público nesse tema. A competência dele se restringe a analisar a compatibilidade entre a norma e o texto constitucional.

Depreende-se que para verificar se há invasão de competências ou não, se torna necessário verificar qual o debate envolvido na decisão proferida pelo STF. Portanto, inicialmente será realizada a análise dos fundamentos debatidos para, posteriormente, identificar se há invasão ou não.

3 Hard case: a decisão parcial do STF sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal

Inicialmente, se torna importante identificar o objeto do debate sobre a descriminalização no STF. O Recurso Extraordinário trata de uma possível antinomia entre a legislação que criminaliza o porte para consumo pessoal e a Constituição de 1988. A petição indica que o crime viola o direito fundamental à privacidade (art. 5º, X) e o princípio penal da lesividade. Argumenta-se que o princípio constitucional protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, àquelas que dizem respeito somente a ele mesmo. Portanto, para que determinada conduta seja classificada como crime se torna necessário que exista lesão contra bens jurídicos alheios.

Por outro lado, os defensores da criminalização entendem que a criminalização protege o direito fundamental à saúde. Alega-se que a

conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social⁷. Desta forma, a criminalização seria uma forma de garantir a proteção ao direito constitucional da saúde e não restaria qualquer inconstitucionalidade na legislação.

Desta forma, se torna necessário aprofundar no estudo do bem jurídico protegido no tipo penal (direito a saúde), da privacidade e da lesividade⁸.

3.1 Direito a saúde e o crime de posse de drogas para consumo pessoal

O art.28 da lei 11.343/06 afirma que é crime adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou ter consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nota-se que para que esse crime ocorra se torna necessário que as drogas que estejam com o autor tenham a finalidade de serem consumidas por ele. Portanto, pergunta-se: qual o bem jurídico atingido (lesado)?

A indicação da teoria do direito penal é de que o bem violado é a saúde pública. Cleber Masson e Vinícius Marçal afirmam que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Os autores observam que a conduta não atinge somente a esfera pessoal de quem consome, mas toda a coletividade (MASSON, MARÇAL; p.33). Os autores, inclusive, citam decisão do STJ no HC 79.189/SP que reitera que “*a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública*”⁹. No mesmo sentido é o ensinamento dos autores Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior (p.98).

Contudo, fica o questionamento: a posse de drogas para consumo pessoal atinge somente o próprio autor ou de fato atinge a saúde da coletividade? Nota-se que esse questionamento é crucial. Afinal, pelo princípio da lesividade, só é possível incriminar uma conduta se ela lesa um bem jurídico de um terceiro. Ressalta-se, inclusive, que essa é justamente

7 Petição do MP nos autores do RE 635659 / SP. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

8 Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual (voto do relator no RE 635659/SP, p.26)

9 STF, HC 79.189/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 09.03.2001

um dos debates realizados no STF. Sobre esse aspecto o Ministério Público se manifesta no RE. O órgão alega que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública. O MP afirma que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social¹⁰. O recorrente, por sua vez, alega que a criminalização ofende a privacidade, uma vez que a posse de drogas para consumo pessoal só atinge o próprio indivíduo. Conclui-se que o recorrente alega justamente que o usuário só lesa sua própria saúde, portanto, o bem jurídico não seria a saúde pública.

3.2 Privacidade e o crime de posse de drogas para consumo pessoal

Inicialmente, necessário ressaltar que a privacidade é uma consequência da liberdade (autodeterminação), portanto, o capítulo analisará ambas. Além disso, o exame do princípio penal da lesividade será pesquisado em conjunto a liberdade e a privacidade, já que é consequência deles.

Tércio Sampaio Ferraz entende que a privacidade é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O autor afirma ainda que o objeto da privacidade é a integridade moral do titular (FERRAZ, p. 77). Bernardo Fernandes, por sua vez, conclui que a privacidade é condição para o desenvolvimento da personalidade. O autor afirma que a esfera da privacidade visa a fornecer um ambiente de tranquilidade emocional fundamental para uma autoavaliação e revisão de metas e objetivos pessoais (FERNANDES, p.575 a 578). Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹ traz ainda o estudo de Willian Prosser que indica os quatro meios básicos de se afrontar a privacidade: intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo; exposição pública de fatos privados; exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável); e, apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais (MENDES, p. 365 a 369). Conclui-

10 Petição do MP nos autores do RE 635659 / SP. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

11 Necessário ressaltar que o livro é escrito em conjunto a Gilmar Ferreira Mendes, contudo, o capítulo sobre liberdade é de autoria de Paulo Gustavo Gonet Branco. A observação é importante, já que o artigo analisa o voto do relator que é justamente o autor Gilmar Ferreira Mendes. Assim, justifica-se a utilização do autor no caso, mesmo em análise de seu voto.

se que a doutrina traz a privacidade como um âmbito de proteção do autor que só pertence a ele, portanto impede a intromissão de terceiros (Estado e outros indivíduos).

Na decisão o relator afirma que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o livre desenvolvimento da personalidade. O ministro afirma que o desenvolvimento da personalidade não se restringe a determinados domínios da vida. Ele explica que ele se relaciona também a diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, como o direito autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação¹². Sobre a autodeterminação o ministro afirma que ele garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade.

Gilmar Ferreira Mendes afirma ainda que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade. Conclui que deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. O autor explica ainda que esse direito fundamental não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional. Afirma ainda que o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais¹³.

Posteriormente, o voto do relator vincula a privacidade ao princípio da lesividade e, em seguida, trata da saúde pública. Antes da análise do voto é necessário fazer uma breve síntese sobre esse princípio.

3.3 Lesividade e a saúde pública atingida pelo tipo penal

O princípio da lesividade (ou ofensividade) é um elemento essencial na análise sobre a possibilidade ou não da criminalização de determinada conduta. Bitencourt afirma que a lesividade traduz a ideia de que só é possível tipificar algum crime se ele oferecer perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido (BITENCOURT, p. 145).

12 O ministro cita a doutrina alemã sobre o tema, em especial a obra: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, org. Leonardo Martins, coletânea original Jürgen Schwabe, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005 (Voto do relator, p. 36). Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

13 Voto do relator, p. 36. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

Bitencourt explica que a lesividade serve de orientação ao legislador e como critério interpretativo. No aspecto interpretativo ele é limite ao legislador, já que ele tem que elaborar normas penais que contenham verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes. No aspecto interpretativo ele constrange o intérprete a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. Interessante notar que o autor informa que se a atividade legiferante for incompleta, imperfeita ou insatisfatória caberá ao juiz corrigir e adequá-la aos princípios norteadores da Democracia (BITENCOURT, p.146 a 148).

Rogério Greco, por sua vez, informa que a lesividade teve como finalidade desfazer a confusão que existia entre direito e a moral. O autor cita Nilo Batista que identifica as quatro principais funções desse princípio: 1) proibir a incriminação de uma atitude interna; 2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; 3) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; 4) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Sobre a segunda proibição o autor explica que se proíbe a punição daquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros (o autor traz o exemplo da atipicidade da punição da autolesão e do suicídio). Ele cita ainda Zaffaroni que afirma que viola a lesividade a proibição de porte de drogas para consumo próprio em quantidade e forma que não lesionem nenhum bem jurídico alheio (GRECO, p.101 a 105).

Depreende-se que os autores reafirmam que a lesividade é um limite ao legislador e um parâmetro para o intérprete (juiz) e que por ele se impede a criminalização de condutas que não extrapolam a esfera do próprio autor.

A decisão no recurso extraordinário tratou da lesividade em conjunto à privacidade. Inicialmente, o relator já ressaltou que é de conhecimento geral que as drogas causam prejuízos físicos e sociais a quem consome. Contudo, o relator ressaltou que a utilização de drogas prejudica somente quem a consome, logo, trata-se de autolesão e não ofende a saúde coletiva. O ministro reafirmou que a lesividade como uma consequência da privacidade impede que exista punição criminal a autolesão¹⁴. O voto afirma ainda que dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação¹⁵.

14 A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante (p. 36 e 37).

15 Voto do relator, p. 36 a 40. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

O voto do relator ressaltou ainda que a privacidade como um direito de personalidade pressupõe a possibilidade de o indivíduo colocar a sua própria saúde em risco. Afinal a privacidade visa a fornecer um ambiente de tranquilidade emocional fundamental para uma autoavaliação e revisão de metas e objetivos pessoais. Logo, depreende-se que a escolha por colocar a sua própria saúde em risco seria uma consequência da autodeterminação em que se garante ao particular determinar por si próprio a sua identidade e tomar decisões e arcar com as consequências delas¹⁶.

Necessário observar que o ministro deixou claro que a conduta do usuário se afasta muito da conduta do traficante. O relator afirma que ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Ele ressalta que a ligação é muito remota para atribuir ao usuário os efeitos criminais do tráfico e que o resultado do tráfico está fora do âmbito de imputação penal do usuário. Ele acentua ainda que não existe um direito a se entorpecer irrestritamente. Sublinha ainda que é perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias, não havendo que se falar, portanto, nesse caso, em direito subjetivo irrestrito. Contudo, ressalta que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, sendo, portanto, claramente desproporcional¹⁷.

Interessante ainda notar que o ministro cita no voto diversas situações iguais na legislação penal em que há aplicação da lesividade impedindo determinadas condutas. A atipicidade da prostituição e a criminalização de quem explora, induz ou a favorece são idênticas a do usuário e do traficante de drogas. O mesmo ocorre com a atipicidade do suicídio e a criminalização do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio¹⁸. Nota-se que os exemplos da decisão são salutares no debate em si. A prostituição, por exemplo, traz prejuízos à saúde de quem se prostitui, mas entende-se que pela autodeterminação cabe ao indivíduo decidir sobre o seu próprio corpo. Já quem explora a prostituição ofende o bem jurídico de um terceiro, portanto, se torna possível criminalizar essa conduta.

16 Voto do relator, p. 36 a 40. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

17 Voto do relator, p. 36 a 40. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

18 Voto do relator, p. 36 a 40. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

4 A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: jurídico ou político?

Inicialmente se torna importante diferenciar as diversas políticas regulatórias das drogas. O voto do relator resume de forma bem clara essa diferença indicando que seriam elas: a) penalização; b) despenalização; c) descriminalização; d) legalização. A penalização é a política de drogas que se estruturadas por meio de normas penais. A despenalização traz a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a determinadas condutas, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização (é o modelo adotado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006). A descriminalização traz a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. A conduta deixa de ser crime, mas não quer dizer que tenha ocorrido liberação ou legalização irrestrita, ela poderá ser censurada por meio de medidas de natureza administrativa. Já a legalização torna a conduta legal, ou seja, sem qualquer sanção estatal¹⁹.

Pode-se concluir que a política regulatória é política e jurídica. Política por se tratar de uma decisão fundamental sobre como a sociedade quer tratar do tema, mas também jurídica, já que ela tem que atender os limites constitucionais e penais sobre o tema (saúde, privacidade e lesividade, por exemplo).

Interessante notar que o voto do relator tratou da comparação da política criminal adotada pela legislação pátria e em outros países. O ministro até mesmo emitiu opinião diante dessa análise afirmando que:

Afastada a natureza criminal das referidas medidas, com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever uma maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais consentâneas com as complexidades que o tema envolve (p. 50)

Necessário salientar que o voto traz uma opinião, mas não há uma decisão nesse sentido. Logo, a emissão da opinião por si só não conduz a conclusão da invasão de competência. Ela pode até ser criticável, mas não é invasiva (e, assim, inconstitucional).

¹⁹ Voto do relator, p. 14 a 16. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

5 Conclusão: há invasão de competência? o STF abusa do poder na decisão?

Inicialmente, cabe pontuar que a análise superficial do tema não é suficiente. Afinal, a ideia de freios e contrapesos traz exatamente uma configuração em que os poderes são autônomos, mas se limitam mutuamente. Portanto, se torna possível que o Judiciário limite a atividade legiferante do parlamento (na verdade é essencial que o Judiciário faça essa análise).

O recurso trata de uma possível antinomia entre a legislação e a Constituição. Portanto, de início, já se pode verificar a competência do STF para o caso. Contudo, essencial analisar qual a limitação em si, já que pode existir invasão de competência em determinados casos. Basicamente o recorrente alega que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola a privacidade e a lesividade. O MP, por sua vez, alega que a criminalização existe para proteção do direito à saúde, concordando com os motivos da lei identificados pelo Legislativo.

Sob a ótica da privacidade verifica-se que ela é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio. A privacidade proíbe a violação das situações vitais que só dizem respeito ao próprio sujeito, sob sua única e discricionária decisão. Além disso, conclui-se que um dos meios de se afrontar a privacidade é justamente a intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo. Nota-se que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal só será possível se atingir um terceiro, além do próprio usuário. Além disso, faria parte de uma decisão íntima desse indivíduo se sujeitar aos malefícios da droga, tanto por proteção da privacidade como por proteção a formação da sua personalidade.

Nesse ponto é interessante efetuar a análise em conjunto com a lesividade, já que esse é consequência da privacidade. Nota-se que a lógica de só ser possível a criminalização de uma conduta que atinge um bem jurídico de terceiro é justamente a aplicação da autodeterminação e da privacidade no direito penal. Portanto, conclui-se que a criminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal só será possível se atingir o bem de um terceiro. Portanto, imperioso analisar em conjunto o bem jurídico protegido pela lei de drogas.

Verifica-se que a manifestação genérica de que o tipo protege a saúde coletiva é muito ampla e inespecífica. Afinal, como o consumo perpetrado

por um indivíduo ofende toda a coletividade? Difícil argumentar nesse sentido. A ideia de que o usuário acaba contribuindo com o tráfico também não merece prosperar. Primeiro, porque o direito penal só permite a punição do próprio autor do fato típico, portanto, não se pode imputar ao usuário os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Segundo, porque trata-se de uma ligação muito remota que está fora do âmbito de imputação penal do usuário. A criminalização da posse de drogas para uso pessoal é claramente desproporcional.

Conclui-se, num primeiro momento, que não há invasão do STF. A análise da descriminalização é evidentemente jurídica e fundamentada na análise dos direitos fundamentais a liberdade, privacidade (e a lesividade que surge deles) e a saúde. Mas, ainda sim se torna importante analisar se houve abuso nessa análise. Ou seja, o STF exerceu algo que era de sua competência, mas acabou invadindo a competência do Legislativo?

Infere-se da análise do relator que não²⁰. A política pública sobre como lidar com as drogas permanece sendo competência do Legislativo. Interessante notar que o voto do relator tratou da comparação da política criminal adotada pela legislação pátria e em outros países²¹. O ministro até emitiu opinião diante dessa análise. Ele afirma que o afastamento da natureza criminal com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, poderia trazer uma maior efetividade no alcance dessas medidas, além de propiciarem novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais adequadas as complexidades que o tema envolve (sem as amarras da lei penal). Contudo, a decisão deixa claro que não houve invasão de competência. Posto que o ato decisório trouxe exemplificativamente a opinião sobre o tema, mas não há ato decisório a identificar qual deveria ser a política pública a ser adotada pelos demais poderes. Inclusive, pode-se criticar o tópico do voto que traz essa descrição comparativa. Afinal, se trata de indicação de política pública sobre drogas que foge da competência do Judiciário. Mas, ao mesmo tempo, sem aplicar determinada política pública e em se tratando de área de pesquisa dentro do Direito, não há também nenhum impedimento para esse tipo de manifestação. Na verdade, poder-se-ia até elogiar a análise, já que demonstra aprofundamento na questão conforme

20 Crucial identificar que a análise do artigo foi somente sobre a descriminalização. Sabe-se que o voto pretende decidir sobre a diferença entre usuário e traficante, ou seja, poderá ser decidido sobre a quantidade que configura um ou outro. Salienta-se que esse aspecto não foi objeto do artigo.

21 Voto do relator, p. 50. Acessado em 07/09/23 no site: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

com análise de pesquisas sobre o tema.

Conclui-se que o voto do relator até fala sobre eventuais políticas e talvez até se incline por alguma delas, mas não há no voto nenhuma decisão que indique ou determine a política adequada ao caso. A decisão do relator é somente sobre a desriminalização da conduta do usuário em virtude da proteção à privacidade e diante da violação a lesividade. Não há, por exemplo, decisão para legalizar a conduta ou impor determinada sanção administrativa. Depreende-se que o voto proferido pelo STF decide (parcialmente) dentro de seus limites constitucionais.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral.** – Coleção Tratado de direito penal volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 1, p. 77.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; GONÇALVES, José Paulo Baltazar Junior. **Legislação penal especial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado^o)

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. In Maria Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3^a ed.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas:** aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Capítulo 10

STF E A TARIFAÇÃO DO DANO MORAL INTRODUZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz¹

1 Introdução

O instituto do dano moral gerador do direito a reparação sempre foi objeto de intensos debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda que garantidos pela Constituição Federal com contornos expressos no rol das garantias individuais.

Nos dias atuais, com a dinâmica que se estabelece nas relações sociais, diversas são as possibilidades de direitos serem afetados e bens jurídicos materiais e imateriais prejudicados ou diminuídos e para estes casos devem ser estabelecidos meios de proteção ou mesmo reparação.

O enfoque deste trabalho é apresentar a relação dos danos extrapatrimoniais em decorrência das relações trabalhistas, a partir da Lei 13.467/2017.

Para isto tratar-se-á do referido instituto sob à luz do Direito de Trabalho, sua visão atualizada a partir da reforma trabalhista e se esta encontra-se eivada de inconstitucionalidade principalmente no que toca ao tabelamento do dano extrapatrimonial com base no salário do ofendido.

2 Dano moral

O dano moral, mesmo sendo motivo de grandes debates atualmente, não pode ser considerado uma novidade. Do ponto de vista histórico, este instituto se fez presente em diversos mandamentos que procuravam regular a reparação por ato eivado de abuso de direito, desde as primeiras tentativas humanas em se organizar por meio de leis.

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG, Especialista em Processo do Trabalho e Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Analista do TRT-3^a Região, Professora de Graduação e Pós Graduação.

Se na fase germinal da civilização o homem se apresentava diante de outro com suas próprias forças, repelindo as injustiças, com o advento do Estado que passou a se colocar no lugar do ofendido assumindo a sua “vingança”, diversas foram às possibilidades criadas em nome da pacificação social e da garantia do bem estar coletivo, entre elas, a busca pela reparação pelo mal causado por outrem.

Neste sentido o tema referente à reparação do dano moral pode ser visto em momento anterior a Cristo, com Referências a esta ideia no Império Babilônico no código de Hamurabi, Manu, Alcorão e na Lei das XII Tábuas, que apresentava que aquele que causasse um dano premeditadamente, que o reparasse.

Adiante, também encontrado no Código Napoleônico, no Direito Romano, no Código Canônico de 1918 e até mesmo na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que correlaciona a obrigação da reparação aos danos causados aos direitos fundamentais. Mas embora tentados a adentrar em uma viagem histórica, fugiria-se do escopo que é o de conceituar o instituto traçado.

Assim, tem-se por ideia que o dano (do latim *damnu*) é o prejuízo material ou moral causado por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente protegido. Conforme descreve Caio Mário da Silva Pereira, é a circunstância elementar da responsabilidade civil, uma vez que constitui requisito fundamental da obrigação de indenizar. (2001, p. 37.)

Neste sentido o dano moral seriam os prejuízos na esfera extrapatrimoniais de pessoa física ou jurídica decorrente do fato danoso. E este prejuízo extrapatrimonial, não se confunde a bens patrimoniais, mas sim os de ordem moral, como por exemplo, a honra, a liberdade, à pessoa ou à família, bem como explica Silvio Venosa (2009, p. 47):

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos de personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

Tem-se, portanto, sua definição a partir da exclusão do que toca ao patrimônio material do ofendido já que, se a consequência se desse nesta ordem, ainda que mediante repercussão, o dano deixaria de ser extrapatrimonial.

Dessa forma, no Direito Positivo brasileiro, o dano moral decorre de um ato ilícito, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, que impõe

a quem o praticou a obrigação de repará-lo, fundando-se no princípio geral da responsabilidade civil prevista no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Elevada ao âmbito constitucional, a obrigação de reparar o dano moral encontra-se prevista no art. 5º, V, X, da Constituição da República.

Pode-se conceituar o dano moral, então, como a lesão a direitos extrapatrimoniais da pessoa, violando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem ou outros direitos de personalidade que preservem a dignidade da pessoa humana.

Na etiologia da responsabilidade civil, devem estar presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina, quais sejam: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta (ato ilícito), o dano e o nexo de causalidade entre uma e outro.

O dano moral decorre de ato (ou omissão) voluntário ou culposo, não abalizado em exercício regular de direito, atentatório aos valores íntimos da personalidade humana, juridicamente protegidos. São bens da vida, aferíveis subjetivamente, exigindo-se da vítima a comprovação inequívoca dos elementos: dano, dolo ou culpa do agente e o nexo causal entre eles (artigo 818, I da CLT).

No que tange ao dano moral no Direito do Trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 60) destaca que este pode ocorrer antes, durante e após a extinção do contrato de trabalho:

Na fase pré-contratual, o dano moral pode ocorrer durante o processo de seleção, entrevista e treinamento, com coação por assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, publicidade maliciosa ao candidato homossexual ou aidético. Também pode caracterizar dano moral a discriminação para contratar trabalhadores por motivo de sexo, religião, raça, situação financeira etc.

No curso do contrato de trabalho, o dano moral, pode ocorrer nas hipóteses de atos lesivos ao nome, à honra e à imagem do empregado, assédio sexual, assédio moral, revistas íntimas ou trabalho em condição de escravidão. Além disso, dá-se o dever de indenização por danos morais em todos os casos de discriminação praticados pelo empregador por motivo de raça, cor, sexo, idade, estado civil, religião, gravidez etc. Nos casos de acidentes e doenças adquiridas no curso do contrato de trabalho, desde que tenham nexo de causalidade com a atividade desenvolvida pelo empregado, também podem implicar responsabilidade do empregador pelos danos morais por lesões à integridade física ou psíquica do empregado.

Após a extinção do contrato de trabalho, o dano moral pode ocorrer quando o empregador fornece informações desabonatórias e inverídicas de seu ex-empregado à pessoa física ou jurídica que pretende contratá-lo ou quando o empregador realiza discriminação do empregado inserindo o seu nome nas chamadas “listas negras” ou “listas sujas”, prejudicando o trabalhador na busca por nova colocação no mercado de trabalho.

Percebe-se que inúmeras são as possibilidades das pessoas se sentirem ofendidas no curso de suas relações sociais e por isso, buscarem a tutela do Estado para a devida reparação. Por esta razão, devem ser bem estabelecidos os critérios para a verificação destes supostos danos morais sob pena de agigantar ou mesmo tornar vazio de sentido tal instituto.

Esclarece-se que não são todos os fatos da vida que mereceriam a tutela do Estado. Aqueles que não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratempos, por óbvio, não deveriam se arvorar em relações judiciais no montante como ocorre atualmente, mas para eles os requisitos já seriam um primeiro filtro.

Sendo assim, para a configuração da responsabilidade civil do empregador, exigem-se os seguintes requisitos: o dano, o nexo de causalidade entre a conduta antijurídica da empregadora e o dano, além da culpa do causador do dano.

Dano é o prejuízo causado à pessoa, ou seja, a lesão a bem ou interesse jurídico, podendo ser de ordem material ou moral.

Nexo de causalidade é o elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, é o que relaciona a conduta e o resultado e somente através dele se pode concluir quem foi o causador do dano.

Por fim, tem que ser comprovada a culpa, vez que não basta apenas a imputabilidade do agente para gerar o ato ilícito, tendo sua conduta que ser aferida sob o prisma deste instituto.

3 Dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho e seu tabelamento

A Reforma Trabalhista no Brasil ocorreu por meio da edição da Lei n. 13.467/2017, realizando profundas alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho. Tratar-se-á, em particular, acerca dos danos extrapatrimoniais suscitados no cenário jurídico-laboral.

Desde sempre, a CLT contempla o direito que o empregado tem de considerar desfeito seu contrato de trabalho se “praticar o empregador, ou

seus prepostos, contra ele ou pessoas de suas famílias, ato lesivo da honra e boa fama (art. 483, e). Nada mais é que o dano moral trabalhista.

Agora, o legislador acrescentou o Título II-A à CLT intitulado “Do dano extrapatriomial”. Com isso, passa a existir um Título próprio para reger a reparação de danos morais decorrentes da relação de trabalho, *in verbis*:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatriomial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatriomial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.'

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatriomial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatriomoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatriomial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatriomoniais.'

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII - o grau de dolo ou culpa;

- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

O referido Título II-A, que trata do dano extrapatrimonial trabalhista, é alvo de várias críticas e apresenta inúmeros problemas.

Como exemplo, cita-se a afirmação expressa do art. 223-A da CLT que somente serão aplicadas, no que tange à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, as normas previstas neste título.

Ora, é certo que os novos dispositivos acerca do tema devem ser considerados na apreciação dos danos morais, mas é inviável afastar por completo a regulamentação a respeito prevista na Constituição da República, Código Civil e em outras normas esparsas, inclusive internacionais, mormente porque a regulamentação proposta é limitada e não aponta soluções para todas as controvérsias, além disso violaria os métodos de interpretações teleológicas e sistemáticos fornecidos pela Hermenêutica Jurídica.

Outro problema ocorre quando o art. 223-C da CLT, parece querer fixar rol exaustivo dos bens juridicamente protegidos na esfera existencial

da pessoa humana. Perceba-se que o artigo deixou de tratar de aspectos protegidos constitucionalmente como por exemplo, vida, idade, etnia, cor, gênero, estado civil, segurança, integridade psíquica, igualdade e nome.

Dessa forma, tendo em vista que a responsabilidade civil é matéria dinâmica, em que é impossível limitar seu âmbito de atuação, é forçoso interpretar o rol do art. 223-C da CLT como meramente exemplificativo.

Ademais, matérias como o dano moral coletivo, a possibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético, a titularidade exclusiva do dano moral e o dano moral em ricochete também são questões passíveis de inúmeras críticas e discussões. Porém, o tema central do presente artigo é o tabelamento do valor do dano moral realizado pelo art. 223-G, §1º, da CLT.

Primeiramente, o referido art. 223-G, da CLT apresenta alguns parâmetros para nortear a atuação da magistratura na fixação da indenização por danos extrapatrimoniais.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2018, p. 109) destaca que:

Não se nega que a elaboração de um roteiro para o juízo apreciar o dano extrapatrimonial é positiva, porque indica para o julgador e para as partes os fatos mais importantes que deverão ser considerados, bem como as principais provas que serão priorizadas. Na realidade, o julgador já fazia subjetivamente essa apreciação considerando os pontos indicados ou outros também relevantes, mas agora, ao positivar o rol, pelo menos estes quesitos não podem deixar de ser apreciados.

Contudo, no rol das considerações, foi omitida uma das finalidades básicas da indenização que é exatamente o seu caráter preventivo ou inibitório da repetição de novas condutas lesivas. Também não se pronunciou sobre a reparação não patrimonial ou reparação in natura do dano moral, como vem apontando a doutrina. Poder-se-ia indicar se o comportamento foi um ato esporádico ou se tem sido uma prática reiterada daquele empregador.

Após, conforme já descrito acima, declara o parágrafo primeiro do art. 223-G da CLT que, se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, vedada a acumulação, dentro dos parâmetros de ofensa de natureza leve, média, grave e gravíssima, levando-se em consideração o salário contratual do ofendido.

Primeiramente, chama-se a atenção para a vedação da possibilidade de acumular as indenizações por dano moral.

Mais uma vez, socorre-se aos ensinamentos do Sebastião Geraldo de Oliveira (2018, p. 110):

Estabelece o novo conceito legal que não cabe acumular as indenizações, contrariando neste particular o vetusto princípio da reparação integral. Assim, se a mesma ofensa atingir bens jurídicos extrapatrimoniais distintos da vítima, por exemplo, atingir levemente a imagem e gravemente a orientação sexual, só caberá a fixação de uma indenização, pelo que algumas lesões ficarão sem reparação. Entendemos que esta limitação pode ser reputada inconstitucional porque, além de contrariar o princípio da reparação integral, viola a previsão do art. 5º, XXXV que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No Direito Civil o cabimento da acumulação de danos extrapatrimoniais está devidamente pacificado pela Súmula n. 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Dessa forma, a impossibilidade de cumulação de indenizações por dano moral impediria a reparação integral prevista constitucionalmente nem seu art. 5º, X: “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”.

Além disso, o legislador estabelece o tabelamento para a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, considerando a gravidade da ofensa (natureza leve, média, grave e gravíssima) e o salário contratual do empregado, independente das particularidades do caso concreto.

Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser considerados pelo magistrado na apreciação do pedido, logo, este deveria ter a liberdade de fixar o valor da indenização de acordo com o seu razoável arbítrio.

É francamente discriminatório que a indenização pela violação dos bens citados no art. 223-C, como a honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e a integridade física varie de acordo com o valor do salário de cada empregado.

A Constituição da República tem como um dos objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além disso, a previsão do art. 5º estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem que (2015, p. 357).

Na quantificação do dano moral, jamais o magistrado perscrutará a situação financeira do ofendido como elemento de maior ou menor impacto para o arbitramento de uma reparação. É elementar que a

pobreza ou a riqueza do lesado não alteram a sua essencial dignidade. A queda de um avião não pode resultar em fixação de valores mais dilatados por danos extrapatrionais em prol dos parentes de passageiros falecidos que se encontravam na primeira classe em cotejo aos familiares daqueles que se encontravam na classe econômica. Qualquer distinção que se faça quanto à capacidade econômica das vítimas terá impacto na seara dos lucros cessantes, jamais do dano moral.

Ressalto que a tentativa de tabelamento da indenização por dano moral já foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/09 referente à Lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa:

EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447.584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006)

A Constituição da República de 1988 determina em seu art. 5^a, V, que a indenização por dano moral, material ou à imagem deve ser proporcional ao agravo. Sendo assim, não é possível se limitar o valor da indenização, sob pena de esta ser insuficiente e desproporcional ao dano sofrido.

No referido RE 447.584, o Ministro Relator Cezar Peluso defendeu que o tabelamento da indenização por dano moral aniquilaria a função satisfativa que constitui o cerne justificador da indenização, nos seguintes termos:

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão da ofensa, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento (que é sempre obra de juízo de equidade) [...] tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade moral. [...] para ser proporcional e justo, tem de ser fixado caso por caso, segundo as condições das pessoas, sem limitações abstratas capazes de inutilizar o sentido reparatório, intrínseco à indenização.

A mesma questão já havia sido tratada e sumulada pelo STJ, antes mesmo da decisão da ADPF 130/09. Dispõe a Súmula n. 281, adotada em 2004, que: “indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Esse tabelamento de valores trata igualmente lesões essencialmente desiguais. O juiz fica limitado a valores indenizatórios não raro inadequados ou desproporcionais à lesão perpetrada. É fundamental a análise do caso concreto para se avaliar a gravidade e extensão do dano, bem como os demais parâmetros estabelecidos pelo próprio art. 223-G, *caput*, da CLT, para compatibilizar a indenização com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de se atender aos ditames constitucionais e a garantia de uma reparação integral do dano.

Ressalta-se que a medida provisória n. 808 de 14/11/2017, alterou os arts. 223-C e G, no que tange aos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural, bem como alterou o parâmetro de tabelamento da indenização por danos morais para o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social em substituição ao salário contratual do obreiro e por fim, considerou que a reincidência capaz de elevar ao dobro o valor da indenização poderá ser em quaisquer das partes, ao invés de partes idênticas. Ocore que, a referida medida provisória não foi convertida em lei no prazo constitucional e perdeu sua validade após 23 de abril de 2018, voltando a vigorar a reforma trabalhista em sua redação original.

Outro ponto a ser destacado é que, no aspecto extrapatriomial, a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento.

Sob esse prisma, o tema foi questionado no STF em três Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI 6050, de autoria da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), ADI 6069, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e ADI 6082, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI).

Em 24/06/2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por 8 votos a 2, que as indenizações por danos morais trabalhistas podem ultrapassar o limite de valor estabelecido na CLT. Em julgamento no plenário virtual, prevaleceu o entendimento de que os valores estabelecidos pela lei devem ser tidos como parâmetro, e não como teto.

O relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, votou pela procedência parcial das ações. Para ele:

Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatriomial

previstos no art. 223-G, caput e §1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superior aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade.

Conforme já mencionado anteriormente, Mendes afirmou que a jurisprudência do STF já assentou a inconstitucionalidade do tabelamento do dano moral, por entender que o julgador se tornaria um mero aplicador da norma.

Importante ressaltar que, além da questão relativa ao *quantum* devido, que era o principal assunto das ADI's, o STF também analisou a constitucionalidade do artigo 223-A e julgou improcedente a ADI 6069. O Relator defendeu que:

[...] a disciplina legislativa em momento algum afastou – e nem poderia afastar – a aplicação dos princípios constitucionais que regem as relações de trabalho, seja no âmbito do regramento dos danos extrapatriacionais, seja em qualquer outra dimensão das relações jurídicas trabalhistas.

Ainda que a norma prevista no art. 223-A expressamente circunscreva o tratamento da reparação extrapatririmonial às disposições do Título II-A, é inequívoco que, ao apreciar cada caso concreto, o magistrado deverá proceder a uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico pátrio, no que se insere o inafastável respeito aos princípios constitucionais.

Despiciendo ainda observar que eventuais lacunas na aplicação da legislação trabalhista poderão ser colmatadas pelos juízes por meio do recurso à analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942)".

Já no que tange à legitimidade para a propositura da ação pleiteando danos morais, o art. 223-B da CLT define que as pessoas físicas ou jurídicas são titulares exclusivas do direito à reparação. Nesse caso, o ministro Gilmar Mendes votou para conferir interpretação conforme à constituição do referido dispositivo, para estabelecer que, nas relações de trabalho, pode haver direito à reparação por dano moral em ricochete ou dano reflexos, isto é, que está relacionado a terceiros (como ocorre, por exemplo, na perda de parentes), a ser apreciado nos termos da legislação civil.

Esse julgamento acerca do tabelamento dos danos extrapatriacionais trabalhistas foi tão aguardado e é tão importante, uma vez que, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III)

e positivou os direitos de personalidade nos seus arts. 5º, caput, V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando à vítima o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

Quando se trata de dignidade da pessoa humana, estabelecer o seu significado constitui tarefa difícil, considerando-se que se trata de termo de contornos vagos, fluídos, indeterminados e imprecisos. Não há definição consensual e, acima de tudo, universal para a dignidade da pessoa humana.

Embora muitos autores busquem delimitar o conceito de dignidade da pessoa humana, frequentemente ela evidencia-se quando ocorrem situações concretas que com ela mostram-se incompatíveis, como é o caso do tabelamento do dano moral. Ou seja, a dignidade é mais facilmente compreendida quando são consideradas as situações em que se mostra ausente. Esta tendência expõe os vínculos que, normalmente, a dignidade estabelece com a imprecisão e com a generalidade do conceito, o qual, mesmo significando muito, pouco assegura em se tratando de direitos. E o problema de se deixar a delimitação da dignidade apenas para os casos concretos é que deixa uma margem de subjetividade muito grande ao intérprete ou aplicador, que não tem nenhum parâmetro pré-fixado. Por isso a necessidade da análise constitucional do art. 223-G, caput e §1º, da CLT.

O princípio da dignidade da pessoa humana quer significar que o ser humano é o centro e fim do direito, que deva assegurar que todo ser humano seja respeitado como pessoa, impedindo sua degradação ou redução a condição inferior à relativa à sua própria essência.

Não se pode olvidar que o conteúdo jurídico da dignidade relaciona-se com os direitos fundamentais e humanos, ou seja, o indivíduo que tiver seus direitos fundamentais observados e realizados terá respeitada sua dignidade. Não reconhecer e proteger os direitos fundamentais à pessoa humana em todas as suas gerações é negar-lhe a própria dignidade.

Isto posto, no momento em que a reforma trabalhista tabelou o valor da indenização por danos morais, fere, de morte, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao diferenciar os empregados de acordo com o salário contratual recebido, uma vez que, todos os seres humanos são contemplados de idêntica dignidade.

5 Considerações finais

A reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017, realizou profundas alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre elas, a inclusão do Título II-A que trata do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho.

Em um primeiro momento estabeleceu-se os contornos gerais acerca do dano moral, tais como seu conceito e elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil do empregador.

Após, analisou-se os aspectos do dano extrapatrimonial trabalhista inserido nos arts. 223-A à 223-G da CLT, principalmente a matéria referente ao tabelamento da indenização por danos morais e sua classificação em graus leve, médio, grave e gravíssimo.

Por fim, tratou-se do julgamento das ADI's que trataram dessa tarifação do dano moral introduzida pela reforma trabalhista.

Dessa forma, à guisa de encerramento, é importante frisar que o trabalhador não pode ser visto como um objeto, ele tem que ser reconhecido como o sujeito da relação de trabalho. Ele não é “coisa”, nem tampouco uma máquina que vende sua força de trabalho, mas um indivíduo dotado de poder criativo, vontade, sentimento, imaginação, preocupações, necessidades, objetivos, história e valores pessoais. A peça essencial para o bom desempenho da máquina empresarial é o homem, a pessoa humana trabalhadora, o indivíduo que contribui para a organização compartilhando a manifestação singular de sua personalidade única e dessa forma, agregando valor, originalidade e qualidade ao meio produtivo que atua.

Ora, sonegar ou mitigar direitos é retirar do homem a sua verdadeira condição de postular uma vida que lhe garanta viver de forma satisfatória em toda a sua integralidade. A pessoa humana deve ser o sujeito central do desenvolvimento econômico.

O foco do Direito do Trabalho reside na luta pelo reconhecimento e aperfeiçoamento da condição humana no mercado de trabalho. A noção de cidadania no ramo juslaboral se dá, portanto, em um sistema distributivo que prioriza a dignidade humana do trabalhador em uma economia de mercado.

Tendo em vista que o dano moral consiste na lesão que emerge da violação de determinados interesses não materiais, porém reconhecidos como bens jurídicos protegidos, inerentes à personalidade do ser humano,

tem-se que o tabelamento da indenização por dano moral impede a reparação integral do dano, além de desrespeitar a igualdade, bem como a dignidade da pessoa humana.

Do até aqui já exposto, o STF determinou que a novel disposição do art. 223-G, §1º da CLT, ao criar faixas máximas de indenização, de acordo com o grau de ofensa, e utilizando o salário contratual do empregado para a fixação do dano moral, deve ser utilizado como parâmetro, e não como teto.

Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

CASSAR, Vília Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: Ed. LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ed. LTr, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017 modificada pela MP n. 808, de 14 de novembro de 2017. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord.). **Reforma trabalhista ponto a ponto: estudo em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórun, 2004.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n°04, 1999, p. 23-48.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórun, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abril/jul. 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Capítulo 11

A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO: DIREITO À MORADIA X AUTONOMIA PRIVADA

Lucas Vinicios Cruz¹

1 Introdução

A locação de imóveis residenciais e comerciais vem sendo cada vez mais utilizada no dia a dia. O aluguel imobiliário é uma realidade em nossa sociedade, seja por opção do locatário, seja pela falta dela. Parte deste aumento se deu em razão da desconstrução da cultura social da casa própria ou a ânsia de ter o título de proprietário. Ou seja, cada vez mais, as pessoas veem o imóvel próprio como algo desnecessário e, até mesmo, ultrapassado.

É notório, todavia, que as locações imobiliárias, além de movimentarem a economia do país, dão uma destinação econômica a determinado imóvel que, caso não estivesse alugado, talvez não estaria sendo utilizado pelo locador. Não é por menos que houve a necessidade de se regular as relações locatícias, o que foi feito pela Lei 8.245/91, popularmente conhecida como Lei de Locações ou Lei do Inquilinato, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos, seja residencial, comercial ou para temporada.

Não raro, nos contratos de locação imobiliária, o locador exige do locatário alguma garantia para a conclusão do negócio jurídico. É esta garantia que passa segurança ao locador e faz com que a relação jurídica seja menos custosa para as partes. Afinal, o locador está, de certa forma, protegido de eventual inadimplemento do locatário.

Estas garantias estão previstas na própria Lei de Locações (Lei n. 8245/91), em seu artigo 37, que dispõe que no contrato de locação, o

¹ Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS), Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Advogado. E-mail: lucas@mpaladvogados.com.br.

locador pode exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Cada uma com as suas peculiaridades, cada uma com os seus custos, vantagens e desvantagens.

Dentre as garantias previstas em lei, a fiança é uma das garantias mais utilizada nos contratos de locação, já que é pouco burocrática, de fácil compreensão, baixo custo para o locatário (se é que há algum custo) e passa segurança ao locador, que saberá que, caso o locatário não realize o pagamento dos aluguéis e encargos estipulados, o fiador o fará, pois garante o pagamento da dívida com todo o seu patrimônio.

Porém, existem bens que, embora componham o patrimônio do locatário ou do fiador, não podem responder pelas dívidas dos seus proprietários, sendo, inclusive, bens impenhoráveis.

Dentre estes bens impenhoráveis, um dos mais importantes (senão o mais importante) é o chamado bem de família, que de acordo com o artigo 1º, da Lei n. 8.009/90, seria o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar. Este mesmo dispositivo assegura que o bem de família é impenhorável e não responde por dívidas civis, comerciais, fiscais ou de outra natureza.

Destarte, a própria Lei 8.009/90 traz em sua redação algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família, isto é, situações em que se permite que o imóvel caracterizado como um bem de família possa responder pelas dívidas dos seus proprietários.

Estas exceções estão previstas no artigo 3º, da Lei 8.009/90. Dentre estas exceções, chama-se atenção para a prevista no inciso VII, do artigo 3º, que dispõe que, em caso de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, o bem de família do fiador poderá ser penhorado. E é este o cerne do presente estudo.

Assim, o presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a possibilidade, ou não, de penhora do bem de família do fiador, de modo que a autonomia privada prevaleça sobre o direito fundamental à moradia.

Para se chegar ao objetivo pretendido, será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, em especial o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para, então, responder à seguinte pergunta: é possível a penhora do bem de família do fiador, de modo que a autonomia privada prevaleça sobre o direito fundamental à moradia?

Para tanto, inicialmente, será feita uma breve explanação sobre

o bem de família. Posteriormente, aprofundar-se-á na penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação, com menção ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

2 Bem de família e proteção ao patrimônio mínimo

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, como direito fundamental, o direito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB/88) e à moradia (artigo 6º, da CRFB/88). O bem de família² surgiu para assegurar estes direitos, de modo a garantir um patrimônio mínimo e a proteção da família. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho trazem um conceito esclarecedor quanto ao bem de família. De acordo com os Autores:

Podemos compreender o bem de família como o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor - por si ou como integrante de um núcleo existencial -, visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1227).

De acordo com Rolf Madaleno (2015, p. 1147), o objetivo do bem de família é a proteção da moradia usada como sede familiar, pois a moradia é o núcleo afetivo básico da sociedade. Nas palavras do autor:

A constituição do bem de família tem por escopo a proteção da moradia utilizada como sede da família, que é o núcleo afetivo básico da sociedade, garantindo ao grupo familiar que ela permanecerá salvaguardada das contingências econômicas que possa sofrer, valorizando e enfatizando o fim social da habitação e protegendo a família, que é o pilar da sociedade (MADALENO, 2015, p. 1147).

O chamado bem de família legal, previsto na Lei n. 8.009/90 (Lei do bem de família), independe da manifestação de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1227). No bem de família legal, a proteção do imóvel é imediata, tendo em vista que deriva diretamente da lei, independentemente de instituição em cartório ou registro (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1.237).

Maria Berenice Dias (2016, p. 589), diz que o bem de família legal “persiste regulado pela L 8.009/90 e livra da penhora o bem imóvel que

² Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro comporta duas modalidades de bem de família: o bem de família voluntário (ou convencional), previsto nos artigos 1.711 a 1.722, do Código Civil, e o bem de família legal, previsto na Lei n. 8.009/90. Apenas o último será objeto de estudo no presente artigo.

serve de residência ao devedor e à sua família, os móveis que o guarnecem (desde que quitados) e todos os equipamentos de uso profissional”.

De acordo com Madaleno:

O bem de família instituído pela Lei n. 8.009/1990 isenta o imóvel destinado a servir de domicílio da família do devedor, de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, salvo as exceções previstas em relação aos débitos descritos no seu artigo 3º, sendo intento do instituto proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de asilar o mal pagador, e sim no sentido de equilibrar o processo executivo.

A finalidade do bem de família é proteger a habitação, o lugar comum dos membros da família, fortalecendo o direito ao teto familiar, sem o qual é impensável o desenvolvimento e crescimento das relações familiares (MADALENO, 2015, p. 1148).

No bem de família legal, é o Estado quem realiza a proteção do patrimônio da família, e não os membros da entidade familiar que fazem a constituição voluntária do bem de família. Ou seja, a família é defendida pelo próprio Estado e não pelos integrantes do grupo familiar (DIAS, 2016, p. 589).

Cumpre registrar que a proteção do bem de família não se restringe ao modelo arcaico e tradicional de família, que, em tese, seria composta pelos cônjuges e filhos. A expressão “casal” ou “entidade familiar” pode ser interpretada de inúmeras formas, tais como casais homoafetivos, pessoas solteiras que moram sozinhas, irmãos, viúvos etc.³

As expressões “casal” ou “entidade familiar” abrangem indistintamente todas as pessoas que compõe um organismo familiar, pois o principal objetivo do instituto é proteger a dignidade da pessoa humana, conforme a isonomia constitucional em que todos são iguais perante a lei (MADALENO, 2015, p. 1.150)

Neste sentido, cita-se Rolf Madaleno:

E os tribunais têm paulatinamente alargado essa proteção do bem de família, ao reconhecerem como igualmente destinatários do bem de família as pessoas solteiras, aquelas que convivem em uniões homoafetivas e todos aqueles que vivem na mesma residência sem externarem forçosamente uma entidade familiar, como na hipótese de irmãos morando na mesma casa.

³ Neste sentido, é o verbete da Súmula 364, do Superior Tribunal de Justiça: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

As expressões “casal” ou “entidade familiar” devem ser interpretadas de forma a recolher indistintamente todas as pessoas que integram ou possam integrar uma organização familiar, como prescreve o artigo 170 da Constituição Federal ao tratar de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e cujo inciso III se refere “à função social da propriedade”, não podendo ser olvidado na aplicação sistemática dos direitos fundamentais da pessoa a intelecção do artigo 5º, caput, da Carta Política de 1988, ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Desse modo, viúvos, divorciados, irmãos ou irmãs solteiras, todos têm sido na interpretação jurisprudencial e, em especial da Súmula n. 364 do STJ, destinatários do beneplácito da impenhorabilidade do bem de família, e por que não haveria de merecer igual direito a pessoa solteira, tão só porque não constituiu família? E por qual razão aqueles que constituíram família e depois a dissolveram com o divórcio ou com a derrogada separação, mesmo de fato ou de corpos? Também esses não deixaram de ser credores do benefício do bem de família na interpretação reiterada da jurisprudência dos tribunais, o mesmo ocorrendo em relação a quem optou por viver sozinho, e nem por isso com menor dignidade, como decidiu a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao negar provimento ao recurso interposto por ex-esposa que pretendia a penhora do bem de família de seu exmarido, em virtude de uma dívida em razão da partilha de bens realizada na separação judicial do casal.

A proteção do Estado é dirigida à família, e não à forma pela qual ela é constituída; não obstante existissem resistências em relação às pessoas solteiras e às uniões homossexuais, em tempos antecedentes ao pronunciamento do STF acerca das uniões homoafetivas, porquanto o bem de família protege a moradia das famílias matrimonializadas, das uniões estáveis, das famílias monoparentais, das uniões livres, sem comunhão de vida e sem o objetivo de constituir família, das mães solteiras, das pessoas viúvas, dos solteiros, daqueles cônjuges ou companheiros, mesmo quando convencionam em não coabitarem, dos irmãos vivendo sob o mesmo teto e das pessoas unidas em identidade de gênero sexual, para cujo relacionamento só existiria o bem de família se um deles adotasse um filho, exigência esta incoerente quando uma pessoa mesmo vivendo sozinha tem sua moradia garantida pela impenhorabilidade do bem de família (MADALENO, 2015, p. 1.150).

De toda sorte, a proteção concedida ao bem de família previsto na Lei 8.009/90 não é absoluta. Isto, pois, a própria lei traz, em seu artigo 3º, algumas hipóteses em que a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser oposta. Ou seja, a própria lei traz algumas situações em que determinado imóvel, embora se enquadre como bem de família legal,

poderá ser penhorado⁴.

Dentre todas as hipóteses acima transcritas, a que causa maior discussão doutrinária e jurisprudencial é a prevista no artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90, que permite a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, que será tratada adiante.

3 (Im)penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação: autonomia privada x direito à moradia

Tema polêmico e controverso, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação foi introduzida na Lei 8.009/90 após a alteração feita pela Lei 8.245/91. Referida Lei, em seu artigo 82, determinou a inclusão do inciso VII ao artigo 3º, da Lei 8.009/90.

Esta possibilidade de penhora do bem de família não atinge o locatário que faz parte do contrato de locação, mas apenas e tão somente ao fiador deste contrato. Ou seja, a expressão “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação” alcançaria, apenas, o fiador, tendo em vista que é ele quem assume as obrigações decorrentes da fiança (CASTRO, 2011, p. 77).

A inclusão deste dispositivo foi alvo de inconstitucionalidade por parte da doutrina e jurisprudência, principalmente por alegada violação à isonomia, ao direito constitucional à moradia, bem como ao direito constitucional à dignidade da pessoa humana.

Porém, tal inconstitucionalidade foi inicialmente rebatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688/SP, em que se decidiu que a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação é compatível com o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana:

Todavia, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão em

4 Lei 8.009/30. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015) II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a resarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

8 de fevereiro de 2006 e, por maioria de votos (7 a 3), entendeu pela constitucionalidade da norma (nesse sentido, ver: STF, RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006). Primeiro, porque a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Em suma, quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família. Ademais, entendeu-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988 (TARTUCE, 2017, p. 151).

Posteriormente, no julgamento do Tema 295, o Supremo Tribunal Federal, entendeu pela constitucionalidade da penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Na mesma esteira, foi a Súmula 549, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe ser válida a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação.

De acordo com Gleydson Oliveira:

A exceção de tornar penhorável o bem de família do fiador foi alvo de questionamentos, especialmente da alegação de que violaria os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia. Após idas e vindas, o plenário do STF, no julgamento do RE 407.688, relator ministro Cezar Peluso, DJ 6/10/2006, decidiu ser legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, reconhecendo a compatibilidade da exceção com o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana. Em seguida, tal orientação foi alçada como precedente jurisprudencial no Tema 295 perante o STF (“É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no artigo 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000”, pleno, rel. ministra Ellen Gracie, DJe 03.09.2010) e na Súmula 549 do STJ (“É válida a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação”) (OLIVEIRA, 2020).

Conforme Maria Berenice Dias:

Elenca a lei exceções à impenhorabilidade (L 8.009/90 3º). A que gera maior controvérsia é a que diz com a fiança, cuja constitucionalidade sempre foi questionada em face do direito de moradia do fiador. Paulo Lôbo afirma que admitir a penhora do bem de família do fiador não viola o direito constitucional à moradia (CF 6º) e nem afronta a dignidade da pessoa. Prevalece o princípio da autonomia privada do fiador, pouco importando que ele e sua família sejam desalojados de sua moradia para satisfação do direito do crédito, evitando-se assim prejuízo à oferta de imóveis à locação. Apesar de o STF ter reconhecido, em decisão com repercussão geral, a impenhorabilidade do imóvel do fiador que lhe serve de residência, o STJ sumulou o tema em sentido oposto (DIAS, 2016, p. 597).

De acordo com Gleydson Oliveira (2020), ao incluir na Lei 8.009/90 a possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, o legislador teve como propósito fomentar a moradia e o livre mercado de locações de imóveis, bem como diminuir os custos de transação. Ainda conforme o autor, a legislação estaria permitindo que, no espaço da autonomia privada, as partes pudessem manifestar a sua vontade no sentido de que, caso o locatário não realize o pagamento do aluguel e encargos, o bem de família do fiador poderia responder pelo encargo.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça foi questionado por parte da doutrina que defende a constitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90. Em que pese as Cortes Superiores terem adotado este entendimento, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário aos precedentes anteriores.

Isto, pois, no julgamento do RE 605.709/SP, inicialmente de relatoria do Ministro Dias Toffoli, mas com o acórdão redigido pela Ministra Rosa Weber, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação comercial, em defesa à dignidade da pessoa humana e proteção à família, que, de acordo com o acórdão, deveriam ser privilegiados se comparados à satisfação do crédito do locador do imóvel comercial ou o livre mercado.

Em que pese o artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90 não fazer nenhuma distinção entre fiador em contrato de locação residencial e comercial, no caso específico julgado pela Suprema Corte através do RE 605.709/SP, entendeu-se pela impenhorabilidade do bem de família do fiador apenas em locação comercial.

Demétrio Beck da Silva Giannakos e Rafael Vieira Duarte Pereira citando Cléo Silveira e Tassia Ruschel Ibrahim, resumiram o entendimento do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

Em resumo, entendeu o STF que, apesar da existência de determinação legal de que o imóvel de família do fiador pode ser alienado para a quitação da dívida locatícia, a regra não valeria para todos os casos. Isso é, afastou-se a pacificação construída nos últimos anos para se firmar entendimento de que (i) se o contrato de locação for comercial; (ii) se o locatário se tornar inadimplente; (iii) se a garantia for fiança; e (iv) se o fiador possui somente um imóvel, este imóvel não pode mais ser penhorado para liquidação do débito locatício. Assim, declarou-se que a previsão do art. 3º, VII, da lei 8.009/90, permissiva à penhora do bem de família para satisfazer fiança concedida em contrato de

locação residencial, não abrangeeria os contratos de locação comercial (SILVEIRA; IBRAHIM, 2020, p. 578, *apud* GIANNAKOS; PEREIRA, 2020).

Como não podia ser diferente, referido acórdão causou grande discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que diverge da jurisprudência anterior firmada pela mesma Corte, como também do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acarretando grande insegurança jurídica nas relações locatícias.

Ocorre que, recentemente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema 1091 sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos (REsp 1822033/PR e REsp 1822040/PR), em que se fixou a seguinte tese: “*É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990*”.

No voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator dos recursos especiais que ensejaram o Tema 1091, constou:

O fiador, no pleno exercício de seu direito de propriedade de usar, gozar e dispor da coisa (Código Civil, artigo 1.228), pode afiançar, por escrito (CC, artigo 819), o contrato de locação (residencial ou comercial), abrindo mão da impenhorabilidade do seu bem de família, por sua livre e espontânea vontade, no âmbito de sua autonomia privada, de sua autodeterminação (BRASIL, 2022).

Portanto, reafirmando o seu entendimento anterior previsto na Súmula 549, do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Superior reafirmou a prevalência da autonomia privada do fiador sobre o direito à moradia, pois a impenhorabilidade do bem de família não alcança o imóvel do fiador de contrato de locação, independentemente da locação ser residencial ou comercial.

4 Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Trata-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O problema a ser respondido neste artigo é saber se é possível a penhora do bem de família do fiador, de modo que a autonomia privada prevaleça sobre o direito fundamental à moradia. De um lado, tem-se a proteção do direito de moradia, dignidade da pessoa humana e proteção ao patrimônio mínimo. Do outro, tem-se a proteção à autonomia privada

do fiador e ao livre mercado.

Por muito tempo, perdurou, na doutrina e jurisprudência, a discussão quanto à constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90, tendo em vista que a proteção ao bem de família seria uma forma de garantir o direito fundamental à moradia e dignidade da pessoa humana.

Até que, em 2006, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 407.688, entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo legal, razão pela qual seria permitida a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 549, que dispõe ser válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Posteriormente, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 605.709/SP trouxe grande alvoroço jurídico ao entender pela impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1091, reafirmou o seu entendimento já previsto na Súmula 549, do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a autonomia privada do fiador poderá prevalecer sobre o direito fundamental à moradia, pois a impenhorabilidade do bem de família não alcança o imóvel do fiador de contrato de locação, independentemente da locação ser residencial ou comercial.

Portanto, como hipótese de resposta à pergunta problema que foi proposta neste artigo, constata-se que, de acordo com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, é possível a penhora do bem de família do fiador, de modo que a autonomia privada prevaleça sobre o direito fundamental à moradia.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 jan 2021.

BRASIL. Lei n. 8.009/90. **Impenhorabilidade do bem de família.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma afasta penhorabilidade de bem de família do fiador na locação comercial.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381644> Acesso em: 22 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 605.709 São Paulo.** Relator: Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 12/06/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585> Acesso em 22 dez 2021.

BRASIL. Tema Repetitivo 1091. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1822033/PR e Recurso Especial 1822040/PR.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 08/06/2022. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod tema_inicial=1091&cod tema_final=1091. Acesso em 07 set 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil: volume único.** São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva; PEREIRA, Rafael Vieira Duarte. **Penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação e a sua aplicação jurisprudencial.** Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-edilicias/337589/penhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador-em-contratos-de-locacao-e-a-sua-aplicacao-jurisprudencial>. Acesso em 15 jan 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Livro digital.

OLIVEIRA, Gleydson. **A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador em locação comercial.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-08/opiniao-bem-familia-fiador-locacao-comercial>. Acesso em 05 jan 2021.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital.

Capítulo 12

A GESTÃO PÚBLICA EM SAÚDE COMO BEM COMUM E DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE AS POTENCIALIDADES E OBSTÁCULOS PARA A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SUS

Andrey da Silva Brugger¹

Geovane Lopes de Oliveira²

1 Introdução

O capítulo trata, de maneira ensaística, sobre uma política pública que tinha como projeto o aperfeiçoamento democrático das deliberações concernentes à política de saúde e os entraves encontrados nessa empreitada, tendo como olhar teórico a noção de produção e instituição do “bem comum” construída por Christian Laval e Pierre Dardot. A questão problema que guia a pesquisa pode ser dividida em duas dimensões: se os ditames constitucionais e infraconstitucionais sobre a dimensão democrática e deliberativa do Sistema de Saúde estão sendo realizados e quais as potencialidades e desafios enfrentados por políticas que se proponham a auxiliar no aperfeiçoamento dos debates.

O olhar teórico é justificado em razão dos autores advogarem a tese de que a dicotomia Estado e Mercado é anacrônica e está aquém da prática socioestatal vigente, isto é, o Estado não aparece como trincheira de defesa contra os avanços das vontades neoliberais do Mercado; antes, o Estado aparece como grande parceiro e protagonista da política neoliberal mercadológica, inclusive com reformas que tocam e desmontam sistemas de bem-estar, como o da saúde.

Nossa hipótese inicial era de que, com os incentivos

1 Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professor Colaborador do curso de Direito do Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais – campus Rio Pomba/MG. E-mail: andreybrugger@hotmail.com

2 Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: geolopesoliveira@gmail.com

infraconstitucionais, das leis de regência do Sistema de Saúde, que incentivavam – e até mesmo obrigam - a existência de Conselhos Municipais e Estaduais de saúde³, as deliberações mantinham-se em constante aperfeiçoamento. Contudo, as metodologias de análise da política pública referentes à observação participante e das entrevistas nos mostrou que a hipótese inicial estava equivocada.

Neste sentido da metodologia, apontamos óbices verificados à concretização da política de aperfeiçoamento de deliberações democráticas por lideranças ligadas ao Sistema de Saúde. O estudo se justifica com base no dever fundamental de monitoramento de políticas públicas (BARCELLOS, 2018); pois é da normalidade do mundo real que exista algum descompasso entre as normas do Direito e a realidade, em tese o Direito existe para transformar essa realidade. Contudo, o Direito também não é um instrumento de mágica, que fará essa transformação através de mera enunciação⁴ (BARCELLOS, 2018, p.253). Estabelecido isso, o monitoramento de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, principalmente seus resultados, é nuclear para a promoção real desses direitos.

Esse monitoramento é realizado, de forma abreviada dado o espaço, através do estudo de caso do Projeto PoloSUS, em que apontamos os entraves que podem ser colocados, no futuro, em perspectiva nacional, no caso de novos projetos similares serem propostos.

Assim, concluímos que pensar o aperfeiçoamento da política de saúde como bem comum requererá novas estratégias, que realmente levem a sério a política de saúde como direito fundamental, como política de Estado e não de governo.

3 Lei 8142/1990. Art. 1º. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro, **contará**, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I – a Conferência de Saúde;

II – o **Conselho de Saúde**. (negritos nossos)

4 Longe disso, na verdade. Conforme registra a Professora Ana Paula de Barcellos: “A conclusão preliminar a que já se chegou sobre o ponto, não apenas no Brasil, mas também em outros países, é a de que as decisões judiciais são executadas de forma razoável quando se trate de bens privados postulados em demandas individuais, como, *e.g.*, a entrega de medicamentos para determinado indivíduo.

Entretanto, quando se cuida de ações coletivas e/ou de demandas que envolvem bens públicos, como a alteração, correção ou implantação de uma política pública, a execução das decisões judiciais pode demorar décadas ou eventualmente nunca acontecer” (BARCELLOS, 2018, p.253).

2 A produção do bem comum: público, não estatal

O referencial teórico eleito para interpretar as informações obtidas pelo estudo de caso advém das ideias construídas por Pierre Dardot e Christian Laval (2015, 2016) sobre a instituição do Bem Comum. Os autores advogam a tese de que o conceito de “comum” não deve ser compreendido conforme sua origem grega (entendimento do Comum como algo universal ou então como algo banal, insignificante), mas como um princípio de lutas que questionam a oposição entre o Estado e o Mercado, isto é, colocam em questão a afirmativa de que o Estado nos defende das forças da mão invisível – e pesada – do Mercado. Ao revés, a tese de Dardot e Laval assume como premissa a parceria entre Mercado e Estado no aprofundamento do neoliberalismo. Eles explicam que:

Por muito tempo, a esquerda tem vivido sob a ideia de uma oposição entre o Estado e o mercado que fez do Estado a melhor defesa contra a ofensiva das forças do mercado. Essa oposição, junto com a estratégia que cria, é totalmente uma coisa do passado. Há trinta anos, o Estado tem sofrido uma profunda transformação, que fez dele um verdadeiro protagonista neoliberal. (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 3).

Em uma tentativa de contraposição, o conceito do “comum” está compreendido dentro da ideia de democracia como participação, como resistência, que encontra também previsão no sistema constitucional brasileiro e no desenho infraconstitucional da política de saúde; assim, o “comum” é entendido como um princípio de atividade política, calcado na deliberação, julgamento, decisão e aplicação material dessa decisão na vida cidadã da comunidade (LAVAL, DARDOT, 2016). O aspecto atrativo deste conceito reside no fato de que não se pretende ser universal, a-histórico e independente das variáveis temporais e geográficas. Deste modo, cada comunidade deve ter a própria autonomia e a capacidade diferenciada para produzir suas próprias noções do “comum”.

A Constituição Federal brasileira apresenta a saúde como direito fundamental ligado intimamente à cidadania, vide os artigos 6º e 196. Deste modo, pensar o direito à saúde como uma construção/instituição do “Comum” não é algo inventado por nós, foi conscientemente instituído, para pegar por empréstimo os termos dos autores, quando da Assembleia Constituinte que deu forma à carta constitucional. Assim, alicerçados no artigo 198, inciso III, da Constituição Federal, podemos afirmar que a participação da comunidade é princípio fundante da política do sistema de saúde brasileiro. Dessa maneira, nossa discussão se aproxima a Laval e

Dardot, quando afirmam que o termo “Comum” adquiriu um significado de busca pela “democracia real”, em que a obrigação política legítima não decorre da adesão de uma comunidade, mas da participação nessa atividade de construção conjunta da política, momento em que os direitos e obrigações se constituem (LAVAL, DARDOT, 2016).

Registre-se: o “Comum” não é privado, obviamente, mas também não se pretende estatal, ainda que muitas vezes seja sequestrado pela pauta estatal (LAVAL, DARDOT, 2016). Esse registro torna-se importante pela observação forte dos autores que demonstram a ilusão quanto a crença de que o Estado é um escudo contra as forças do mercado. Nas últimas três décadas, como dito, o Estado tem passado por transformações tais que o colocam como um verdadeiro protagonista neoliberal – as (contra)reformas que o Brasil têm empreendido parecem demonstrar cabalmente o ponto. O Estado vem adotando uma lógica de empreendedorismo, se colocando como um Estado-empreendedor, ou Estado corporativo-empresarial, sendo parceiro das empresas multinacionais na coprodução de políticas de trabalho e na divisão internacional do trabalho. Como afirmam Laval e Dardot, “[a] famosa fórmula de Marx de que o governo não é mais do que um comitê executivo para gerir os negócios está largamente ultrapassada agora” (LAVAL, DARDOT, 2016), pois a hibridização entre Estado e Mercado, embora não torne ultrajante a afirmação de Marx, torna-a aquém da realidade da prática socioestatal atual.

Com efeito, ainda que o Estado seja o produtor “legítimo” das políticas públicas, surge para ele dois requisitos ou direcionamentos: (a) garantir o acesso universal aos serviços públicos, e (b) deter, via administração estatal, o monopólio da gestão do serviço público, reduzindo os usuários a consumidores, excluindo-os da participação na gestão e aperfeiçoamento da política (LAVAL, DARDOT, 2016). Queremos dizer: o “comum” precisa ser público, mas não estatal. É preciso garantir o acesso universal ao serviço público – à saúde, no caso de nosso trabalho -, e também a participação na gestão, desenho, aperfeiçoamento e aplicação da política de saúde. Desse modo, a política escapa da dimensão proprietária, seja ela privada ou estatal.

Dessa base teórica passa a decorrer a noção de uso e abuso da coisa pública, do bem comum. Laval e Dardot (2016) apontam que, correntemente, tem-se a noção de “uso” como a ação de usar uma coisa externa, objetivando de satisfação de necessidades da vida, o que, com frequência, estará atrelado ao consumo, à destruição completa da coisa em questão, chegando ao “abuso” (LAVAL, DARDOT, 2016). Nada obstante,

os autores apontam que é possível ter uma variação para o que na língua inglesa seria o “usar com”. Isto é, fazer uso, conduzir-se com o outro ou outra coisa, criando uma relação ativa com os outros, uma comunhão significativa. Nesse novo sentido, não há propriamente a consumação, mas a manutenção e a preservação desse algo que passa a ser comunitário, público (LAVAL, DARDOT, 2016). Ao permitir que usuários sejam construtores da política pública, a consumação desinteressada, ou sem rigor, passa a ganhar valor diante da cidadania construída; de modo que os recursos utilizados passam a ser valorizados como nossos e dos outros. Passamos a comungar da manutenção e da supervisão. Mais do que pública, a coisa torna-se comum. O Sistema Público de Saúde passa a ser um sistema comum, que a todos interessa.

Em tempos atuais, pela lógica do neoliberalismo que quer desmontar tudo que é público, essa noção política ganha em relevo. Disso decorre a importância da produção, embora espontânea, tornar-se uma instituição consciente. A consequência seria o fato de um bem tido como “comum” estar acima de questões institucionais governamentais. Os usuários, que também serão cidadãos, por essa perspectiva, possuem o direito de decidir e governar. Ao mandatário de ocasião eleito, caberá compreender que administrar é “servir” e não “aproveitar-se de”. O objetivo é “regular o uso do comum sem precisar fazer-se seu proprietário” (LAVAL, DARDOT, 2016). A partir dessas premissas teóricas é que passamos a observar um projeto executado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e o Ministério da Saúde que visava auxiliar no aperfeiçoamento de lideranças que lidavam com o Sistema de Saúde brasileiro. A apresentação do projeto e os apontamentos sobre nossas observações seguem nas próximas seções.

3 O projeto POLOSUS: desenho, desafios e alcance

O Projeto “Polo Institucional de Fortalecimento da Gestão Participativa do Sistema Único De Saúde (SUS)⁵” - POLOSUS – se baseou na Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa do SUS (Participa SUS)⁶, tendo funcionado entre 2014 a 2016. O Participa SUS é uma política que orienta ações de governo que promovam, qualifiquem e aperfeiçoem a gestão estratégica e democrática das políticas públicas no

5 Para que o texto possa fluir melhor, passamos a usar “SUS” sempre que estivermos nos referindo ao Sistema Único de Saúde brasileiro

6 As informações sobre o Projeto podem ser acessadas na plataforma virtual em: <http://polosus.com.br/projeto/sobre>. Acesso em 10 de setembro de 2023.

âmbito do Sistema Único de Saúde, nas respectivas esferas federativas de gestão.

No caso específico do POLOSUS, foi firmado um termo de cooperação de descentralização de recursos, tendo como participes o Ministério da Saúde e a Universidade Federal de Juiz de Fora. O Projeto teve financiamento do Fundo Nacional de Saúde e contrapartida pela UFJF. O PoloSUS foi fruto de uma parceria entre a Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde (SGEP-MS) e a Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), através da Escola de Governo e Cidadania (EGC). A EGC é também um projeto de extensão da UFJF, que tem como objetivo apoiar o processo de construção das políticas públicas nos três níveis de governo e nos três poderes da República, assim como auxiliar na capacitação e prestar consultoria à sociedade civil organizada para que tenha melhores condições de participação efetiva no processo democrático. Atualmente, a EGC se coloca alinhada à política nacional de extensão universitária e, de modo geral, suas ações estão associadas à educação continuada – no caso do PoloSUS, educação continuada em saúde – e direitos humanos e justiça. A EGC pauta suas ações buscando atuar em rede com os demais órgãos do Estado, instituições acadêmicas e organizações da sociedade civil, através da adoção de modelos flexíveis para atender às singularidades de cada projeto que lhe é apresentado. Visa articular saberes acadêmicos, técnicos e sociais no desenvolvimento institucional da administração pública dos três poderes, articulando atores públicos e privados para o incremento na prestação dos serviços públicos, fortalecendo a sociedade civil, desenvolvendo a região e sendo uma maneira de a UFJF possuir contato regional com a população de seu entorno ao promover essas ações de formação, consultoria e geração de conhecimentos científicos aplicados à administração pública e à sociedade civil.

O objetivo principal da parceria entre a SGEP/MS e a UFJF foi promover o fortalecimento das políticas de gestão participativa do SUS, tendo como objetivo inicial oferecer capacitação para 1400 pessoas através de 17 municípios-polo, abrangendo um total de 280 municípios . Parcerias como essas nos parecem uma maneira eficaz e eficiente do Ministério da Saúde conseguir maior penetração e capilaridade no território. O objetivo principal gerou outros objetivos, tais como: a promoção do fortalecimento das políticas de gestão participativa no âmbito do SUS através da geração de conhecimentos e capacitação dos gestores públicos e lideranças sociais; produção e difusão de conhecimentos e informações sobre a estrutura da participação social no Sistema Único de Saúde; a capacitação e mobilização

dos agentes públicos e sociais que atuam nas áreas da saúde com ênfase especial sobre as populações em condições de vulnerabilidade e iniquidade no acesso à saúde; a busca por contribuir para o fortalecimento da política de promoção da saúde e promoção da equidade em saúde; a promoção do desenvolvimento de competências e habilidades para que os gestores públicos e os atores sociais estejam mais aptos a atuar na promoção do direito à saúde em suas localidades; a contribuição para gerar e disseminar novas tecnologias e experiências bem-sucedidas de participação e controle social nos diferentes municípios; o fomento da criação de redes de cooperação e intercâmbio de informação na área de saúde; a sensibilização e capacitação dos diferentes atores com objetivo de promover a equidade no atendimento e acesso à saúde e a promoção do fortalecimento de mecanismos de participação e auxiliar no fomento da criação de redes articuladas em torno do controle e da gestão democrática das políticas de saúde.

Com efeito, a partir do tripé normativo que desenha o sistema de saúde (Constituição Federal, Lei 8080/1990 e Lei 8142/1990), a participação e o controle social são princípios fundamentais do SUS, tendo sido criados mecanismos importantes de participação como os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde, dentre outros. Também aparece com relevância o princípio da equidade, isto é, levar em consideração as condições de vida e acesso a bens e serviços de saúde de pessoas e grupos, além das condições e determinantes sociais, para determinar o nível de bem-estar e saúde, ampliando o conceito desta.

O princípio da equidade foi central para este projeto, pois, além de promover o fortalecimento das políticas da gestão participativa do SUS mediante a produção e disseminação de conhecimentos, informações e capacitação de agentes públicos e sociais que atuam na área de saúde, o projeto enfatizou grupos considerados em situação de vulnerabilidade social e iniquidade no acesso à saúde, com especial atenção a população do campo e da floresta, população LGBT – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros -, população cigana, população negra e população em situação de rua. Esses grupos em específico aparecem como uma demanda vinda da SGEP, que possui políticas de equidade especialmente voltadas para esses grupos. Essa orientação da Secretaria foi radicalmente modificada a partir do processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff e o advento do governo de Michel Temer.

O Projeto que iniciara como uma iniciativa típica de extensão, portanto tendo seu primeiro registro na Pró-Reitoria de Extensão (ProEx)

ampliou seu alcance na estrutura da UFJF e em seu formato, sendo também registrado na Pró-Reitoria de Pesquisa e na Secretaria de Desenvolvimento tecnológico (sendo inclusive enquadrado na Lei de Inovação Científica e Tecnológica). Isso ocorreu porque à perspectiva extensionista de educação, articulação e capacitação, a pesquisa social em saúde e o desenvolvimento de tecnologias sociais de participação e controle social também se incorporaram ao seu desenho, tanto por uma questão de interesse da equipe, quanto por uma estratégia para obter mais incentivos em termos de recursos por parte do Ministério da Saúde.

4 Os entraves/desafios à participação cidadã no SUS: dados extraídos do estudo de caso

Como se pode perceber, tratou-se de um projeto robusto e ousado. O primeiro entrave ou desafio foi desenhar um projeto para uma demanda política que contemplasse os variados grupos que estavam contemplados pelo PoloSUS. Não há dúvida que os conflitos apareceram. Contudo, Laval e Dardot (2016) afirmam que isso, o conflito, não é um mal em si. Para os autores, o direito de decidir e governar, que apontávamos na primeira seção, delineia que a práxis da produção e instituição de um sistema “comum” terá que lidar com a conflitualidade própria de uma coprodução de normas honesta e sincera. A lógica do agrupamento não está necessariamente ligada com a busca por unanimidade, consenso e harmonia em sentido absoluto. A coprodução de normas é o momento instituinte de acomodação, ainda que provisória, da conflitualidade, sempre buscando a melhor versão possível da política.

Durante as reuniões, muitos grupos demonstravam desconhecimento, verdadeiros preconceitos, sobre as demandas alheias. Essa troca de experiências, inicialmente desafiadora, tornou-se um dos pontos altos do projeto. Contudo, reunir esses grupos foi desafiador. A população LGBT, por exemplo, não foi tão frequente, pois a coordenação do projeto teve dificuldades de contatar instituições e lideranças que pudessem se fazer presentes e contribuir com as discussões e assinalar as demandas, o que pode demonstrar que o Estado tem falhado em alcançar esse grupo social em suas políticas públicas.

Outro ponto desafiador foi lidar com um desenho que contivesse 280 municípios, com o projeto funcionando em 17 municípios-sede. Muitos prefeitos não quiseram, em um primeiro momento, sequer

contribuir ou se comprometer em permitir o uso de espaços públicos como escolas municipais ou outros prédios públicos para que os encontros de capacitação ocorressem. Vale o registro de que um prefeito em especial não quis liberar funcionárias da Assistência Social para participarem das dinâmicas de fortalecimento do conhecimento em gestão pública de Saúde, sob a afirmação de que a área de assistência nada tinha a ver com a área de saúde. O abuso de que falam Laval e Dardot (2016) ou mesmo o desvio ou o “apropriar-se” da administração pública, fica claro aqui.

Esse descompromisso por parte de prefeitos acabou afetando muitos dos participantes. Muitos não conseguiram contar com ajuda de custo, transporte, auxílios outros para que pudessem participar de dois dias ou mesmo de atividades no mesmo dia. Por exemplo, foram frequentes as queixas sobre a falta de dinheiro para um almoço. Essas questões o próprio projeto também não conseguiu lidar, pois o orçamento não contemplava essas questões. Uma vez mais, vê-se que um projeto de aperfeiçoamento democrático encontra óbices sérios quando a não concretização de necessidades materiais básicas não são satisfeitas.

Se já não fossem suficientes essas situações, o final do projeto foi triste e chocante. A ideia inicial do PoloSUS e da SGEP era que novos ciclos do projeto fossem se sucedendo, ao menos era o que se pensava entre 2014 e 2015, ano de ativo funcionamento do PoloSUS, sob a presidência de Dilma Rousseff no Executivo federal. Entretanto, com o impedimento e deposição da Presidente, o novo governo reformulou todo o Ministério da Saúde, inclusive a SGEP, cortando os convênios e não renovando o compromisso com a UFJF. Ou seja, uma política constitucionalizada, uma política instituída como “comum”, que deveria ser de Estado, torna, na prática, uma política de governo. O aperfeiçoamento democrático passa a ficar a mercê dos administradores de ocasião, que não servem, apropriam-se; que não usam com, consomem.

Conclusão

O ensaio cuidou de apresentar a visão de Laval e Dardot sobre a produção e instituição do bem comum como princípio político, que lança novos olhares sobre o Estado, a cidadania, a participação e manutenção de serviços públicos.

Cuidamos, ainda, de ter como norte ou base de estudo a política de saúde, através do estudo de caso do PoloSUS. Em aperta síntese,

apresentamos o Projeto e colocamos os principais entraves que dialogam com a produção e a instituição do Comum na política de saúde. Acabamos por concluir que novas estratégias precisam ser pensadas, novos projetos como estes precisam ser replicados, com maior voracidade, quiçá; estivemos em um momento institucional de desmonte de serviços de bem-estar e o SUS esteve constantemente na mira desse movimento.

Assim, é preciso que busquemos alternativas de aperfeiçoamento das deliberações democráticas, a fim de que realizemos uma política de saúde deliberativa, de acesso universal, bem como participação geral e também universal, para que o usuário não seja apenas consumidor do serviço de saúde, que corre risco de inexistir, mas que o conserve, mantenha, cuide, colocando-se como proprietário coletivo, co-coordenador das políticas e seu legítimo cuidador, ao coproduzir as normas e aplicação dos serviços de saúde.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas Públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos à sério”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol.8, nº 2, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/5294/3967>. Acesso em 10 de setembro de 2023.
- DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição do comum. Revista Tempo Social, v. 27, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/4hXdzg3bnLcjTBsBVz9rzxy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 10 de setembro de 2023.
- LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. O Comum: um ensaio sobre a revolução do século 21. Revista Uninomade, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7866941/mod_resource/content/2/149419297100O%20Comum%2C%20um%20ensaio%20sobre%20a%20revolu%C3%A7%C3%A3o%20no%20s%C3%A9culo%2021%20-%20Pierre%20Dardot%20e%20Chri.pdf. Acesso e 10 de setembro de 2023.

Capítulo 13

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO AXIOMA CONSTITUCIONAL E ALICERCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thábata Grazielle Gomes Peixoto¹

1 Introdução

Quando se fala em Dignidade da Pessoa Humana, levanta-se a discussão acerca da natureza jurídica dessa garantia. Há quem diga que se trata de um princípio, tal como todos os outros princípios constitucionais (direitos fundamentais); há quem denomine-a como regra da dignidade da pessoa humana e, há quem intitule-a como um axioma constitucional, que quer dizer eleva-la, nos termos do princípio aristotélico da contradição, a uma premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira.

Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional (PIOVESAN, Flávia, 2013, p. 87).

Bernardo Fernandes Gonçalves, leciona em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, sobre a dignidade da pessoa humana:

Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria –, com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88) é erigida à condição de *metaprincípio* (sic!). Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

Sendo assim, direitos como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros apenas encontram uma justificativa plausível se

¹ Bacharela, advogada. E-mail: adv.thabatapeixoto@outlook.com.br

lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. (GONÇALVES, 2011, p. 285).

Sendo assim, elevar a dignidade da pessoa humana a um axioma constitucional é dizer que tal garantia está presente intrinsecamente nos demais princípios constitucionais e, por este motivo, é um alicerce dos direitos fundamentais.

A fim de demonstrar a magnitude da dignidade da pessoa humana, faremos um paralelo entre a Teoria da Hierarquização das Necessidades Humanas de Abraham Harold Maslow e os Direitos Fundamentais.

2 A teoria da hierarquização das necessidades humanas de Abraham Harold Maslow e os direitos fundamentais

A Teoria da Hierarquização das Necessidades Humanas, desenvolvida pelo psicólogo norte-americano Abraham Harold Maslow propõe que, para que o ser humano viva bem, algumas necessidades devem ser atingidas. Por isso, o psicólogo criou a famosa, Pirâmide de Maslow, reproduzida abaixo.



Fonte: A. H. Maslow, Motivation and Personality, 3^a ed., R. D. Frager e J. Fadiman (Orgs.), 1997. Adaptado com permissão da Pearson Education, Inc. Upper Saddle River, Nova Jersey.

O escritor Stephen P. Robbins, em sua obra Comportamento Organizacional, explicou com clareza os níveis da pirâmide.

Essa pirâmide é composta por cinco níveis, a parte inferior dessa pirâmide compreende as necessidades de nível baixo, que são as necessidades fisiológicas e de segurança; já o topo da pirâmide é constituído pelas necessidades de nível alto, representantes da busca

pela individualização do ser, são as necessidades sociais, de estima e de autorrealização. (HOBBINS, 2010, p. 191).

Cada um dos níveis da pirâmide pode ser descrito da seguinte forma, sendo eles explicados no nível menos complexo (base da pirâmide) para o nível mais complexo (topo da pirâmide).

1. Necessidade Fisiológica: É a necessidade que deve ser satisfeita para que seu corpo permaneça vivo, como por exemplo, alimentação, respiração, beber água, excreção, etc.
2. Necessidade de Segurança: Inclui qualquer tipo de segurança contra danos físicos, patrimoniais e morais.
3. Necessidade Social: Diz respeito a necessidade de convívio social, necessidade de afeição, aceitação, amizade e a necessidade de se sentir pertencente a um grupo.
4. Necessidade de Estima: Inclui fatos internos e individuais do ser de respeito próprio, autoestima e a necessidade de reconhecimento perante terceiros.
5. Necessidade de Auto-realização: é a necessidade do ser humano de conseguir torna-se tudo aquilo que deseja ser, inclui o crescimento, desenvolvimento pessoal.

Nesse sentido, diante de uma breve explicação sobre os níveis da Pirâmide de Maslow, é possível perceber que tais necessidades estão contidas expressamente no rol de Direitos Fundamentais elencados na Constituição Federal.

Entre alguns dos direitos fundamentais da Constituição Brasileira está: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à assistência aos desamparados, ao transporte, ao voto, entre outras.

Façamos então um paralelo entre os níveis da Pirâmide de Maslow e alguns dos Direitos Fundamentais dispostos na Constituição Federal.

No que diz respeito às Necessidades Fisiológicas essas são aquelas necessárias a manutenção da vida humana, temos correlação direta, a título exemplificativo, com o direito fundamental a vida, disposto no preâmbulo do art. 5º da Constituição Federal e o direito a saúde, alimentação e moradia, ambos dispostos no art. 6º da Constituição Federal.

A necessidade de segurança compreende qualquer tipo de segurança, dentre elas a segurança física, patrimonial e moral, assim como dispõe, também a título exemplificativo, o art. 6º da Constituição Federal sobre

o direito fundamental a segurança, o art. 7º em seus incisos II, XVIII, XXIV, respectivamente assegura os direitos ao seguro desemprego, licença a maternidade e aposentadoria.

A Necessidade Social consiste em atender o anseio do ser humano ao convívio social. Não obstante ter correlação com necessidades internas no ser humano, tal necessidade pode ser incentivada por meio do lazer, previsto no art. 6º da Constituição Federal, bem como no art. 8º da Magna Carta, que dispõe sobre a liberdade de associação profissional e sindical, o que pode atender a necessidade de se sentir pertencido a um determinado grupo.

Já a Necessidade de Estima tem correlação direta com a necessidade do ser humano de se auto respeitar, de admirar a si próprio e de ser reconhecido por terceiros por suas capacidades e habilidades. Em decorrência disso, os dispositivos normativos constitucionais hábeis a viabilizar o atendimento dessa necessidade estão dispostos nos arts 6º e 7º, IV, que versa sobre o direito a educação e também no art. 5º, IX, que dispõe sobre a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

E por fim, a Necessidade de Auto-realização, que vai de encontro a necessidade do ser humano de torna-se tudo aquilo que deseja ser, inclui o crescimento, desenvolvimento pessoal. Por isso, o nível mais alto e mais complexo da pirâmide depende diretamente da satisfação dos níveis inferiores. Observe que, um ser humano jamais se sentirá realizado se não tiver garantido seu direito a vida e a saúde (primeiro nível da pirâmide), os direitos trabalhistas e a segurança pública (segundo nível da pirâmide), os direitos ao lazer e a livre associação (terceiro nível da pirâmide) e o direito a educação e a liberdade de expressão intelectual (quarto nível da pirâmide).

Com um olhar mais humanizado para os direitos fundamentais, podemos perceber que os mesmos foram criados com o objetivo de atender as necessidades do ser humano para que o mesmo se desenvolva de forma saudável.

Assim como todas as árvores precisam de sol, água e alimento do ambiente, também todas as pessoas necessitam de segurança, amor e status em seu próprio meio. Contudo, em ambos os casos, isso é justamente onde o verdadeiro desenvolvimento da individualidade pode começar, pois uma vez saciadas essas necessidades elementares de toda espécie cada árvore e cada pessoa passa a desenvolver-se em seu estilo próprio, singularmente, usando essas necessidades para os seus fins particulares. Num sentido muito significativo, o desenvolvimento torna-se, pois, mais determinado de dentro para fora do que de fora

para dentro.²

Passemos a ver então, os direitos fundamentais com uma ferramenta capaz de viabilizar a autorrealização dos seres humanos, respeitando a individualidade de cada um.

3 A dignidade da pessoa humana como axioma constitucional

Se, diante deste estudo, os direitos fundamentais podem ser reconhecidos como uma ferramenta capaz de viabilizar a auto-realização dos seres humanos, observando a individualidade de cada um, é fácil concluir, portanto, que a dignidade da pessoa humana está presente em todos os níveis da Pirâmide de Maslow, assim como em todos os direitos fundamentais.

Nesse sentido leciona Bernardo Fernandes:

Da leitura de Dworkin sobre a dignidade humana, na realidade, busca conciliar os princípios da igualdade e da liberdade, afirmando duas dimensões da dignidade: 1^{a)} através do reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual; e 2^{a)} através da proteção à autonomia individual na persecução desse projeto de vida. Para tanto, falar em dignidade da pessoa humana somente faz sentido se entendido como vista pelo prisma da garantia de iguais liberdades subjetivas para ação. Partindo dessa perspectiva, podemos tentar recolocar a dignidade da pessoa humana como condição de legitimação não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico. (FERNANDES, 2011, p. 286).

Para melhor elucidação da tese de que a dignidade da pessoa humana é um axioma constitucional, façamos a análise do seguinte caso hipotético:

“Maria é casada há 20 anos, exerce atividade laborativa e é dependente financeira de seu cônjuge. Desde o início de seu casamento, Maria detém uma convivência áspera com o marido que, por vezes, agride fisicamente, psicologicamente e moralmente a mulher. Farta das violências sofridas, Maria, reúne forças e diz ao marido que pretende divorciar-se. O mesmo não aceita o divórcio e informa que caso tal divórcio ocorresse, o mesmo a mataria. Em decorrência disso, Maria permaneceu casada e os cônjuges continuaram a conviver no mesmo imóvel. Ocorre que Maria não queria manter relações maritais com o marido, o que fez com que o mesmo a expulsasse de casa, dizendo que a mesma não deveria mais voltar para casa e reafirmando que a

2 H. Introdução à Psicologia do Ser. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livraria Eldorado Tijuca, s/d, p. 60.

mataria. Maria então, sem emprego, sem dinheiro, com a roupa do corpo e sem qualquer tipo de apoio, deixou a casa. Maria então, deslocou-se prontamente a Delegacia da Mulher, onde lavrou um Boletim de Ocorrência face ao marido e ainda, pleiteou a concessão de Medidas Protetivas para que o mesmo não se aproximasse dela, não se aproximasse do lar e não entrasse em contato com a mesma por qualquer meio de comunicação. Ocorre que, por insuficiência de provas, as medidas protetivas pleiteadas por Maria foram negadas.”

Da análise do caso supramencionado, pela ótica da Teoria da Hierarquia das necessidades de Maslow, é possível concluir que Maria não teve suas necessidades respeitadas.

Isso porque, após ser expulsa de casa e por depender financeiramente do marido, Maria não terá condições de se alimentar (mesmo existindo o direito fundamental a moradia e a alimentação, no art. 5º, CF), abalando a base da Pirâmide de Maslow (Necessidades Fisiológicas). Além disso, em decorrência das ameaças perpetradas pelo marido, Maria teve sua saúde mental abalada, ferindo o direito à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal, que também está abarcado nas Necessidades Fisiológicas da Pirâmide. Além disso, como Maria sofria agressões físicas de seu cônjuge durante a constância do matrimônio, sua integridade física era violada, o que também afeta o seu direito à saúde física e mental (art. 6º, CF) e a base da Pirâmide de Maslow.

Após a negativa de concessão da Medida Protetiva, Maria teve seu direito à segurança (art. 6º, CF) violado. Isso porque, após tal indeferimento ficou à mercê da própria sorte, uma vez que houve a ameaça à sua vida.

Em decorrência do extremo abalo psicológico e do não cumprimento das necessidades fisiológicas e de segurança de Maria, as demais necessidades foram abaladas e são impossíveis de serem cumpridas. Isso porque, sem moradia, com fome, sem saúde psicológica e com medo das ameaças, Maria não conseguirá se socializar. Ou seja, não conseguira ter momentos de lazer e se associar a quaisquer grupos, o que fere os arts. 5º e 6º da Constituição Federal e o terceiro nível da Pirâmide (Necessidade Social).

Maria também não terá sua necessidade de estima satisfeita (Quarto Nível da Pirâmide de Maslow), porque em decorrência de todas as violências sofridas, não consegue olhar para si e sentir-se respeitada. Por ser tratada de forma desumana pelo marido e não ter recebido os cuidados necessários quando procurou o poder executivo, Maria não se viu reconhecida pelas pessoas como um ser humano detentora de direitos.

Por não ter uma moradia, alimentação e segurança, é impossível que Maria exerça seu direito a educação a fim de se desenvolver e reestruturar-se.

E, por fim, por terem sido desrespeitados todos os níveis da Pirâmide de Maslow e por terem sido feridos vários de seus direitos fundamentais (moradia, segurança, alimentação, lazer, educação, etc), é impossível que no cenário vivido por Maria, essa se sinta realizada.

A referida análise foi feita com um objetivo único, qual seja, fazer a seguinte pergunta: “A dignidade da pessoa humana foi aplicada ao caso de Maria?”

Uma pessoa que não tem o que comer e não pode se alimentar, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que não tem moradia, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que tem sua integridade física desrespeitada, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que sofre ameaças a vida, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que não consegue se socializar, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que é incapaz de se autodesenvolver porque tem a saúde psicológica abalada, tem a dignidade da pessoa humana respeitada? Uma pessoa que não consegue exercer seu direito a educação por meio de transitar pelas ruas, tem a dignidade da pessoa humana respeitada?

Veja que, todas essas perguntas podem ser respondidas com uma única palavra: “Não!”.

É perceptível, portanto, que se uma pessoa não pode se alimentar, ela não tem a dignidade da pessoa humana observada. Uma pessoa que não tem onde morar, não tem a dignidade da pessoa humana respeitada. Uma pessoa que não tem saúde física e mental, não tem a dignidade da pessoa humana respeitada. Uma pessoa que não consegue se autodesenvolver e não consegue exercer seu direito a educação, não tem a dignidade da pessoa humana respeitada.

Dito isso, seja qual for o direito fundamental lesado, concomitantemente, a dignidade da pessoa humana também será lesada.

Inclusive, da análise histórica do surgimento da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, podemos perceber que o objetivo é nortear a aplicação da lei com um fim específico, evitar a deturpações legislativas e observar os direitos humanos.

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da “banalidade do mal”, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. (PIOVESAN, 2013, p. 87)

Por isso, é possível perceber que a dignidade da pessoa humana é norteadora de todo ordenamento jurídico, inclusive, de todos os princípios constitucionais (direitos fundamentais).

4 Conclusão

Realizando a correlação entre a Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas, de Abraham Harold Maslow, que criou a Pirâmide de Maslow e os Direitos Fundamentais, podemos concluir que, os direitos fundamentais foram criados como uma ferramenta capaz de viabilizar a auto-realização dos seres humanos, respeitando a individualidade de cada um.

E que a dignidade da pessoa humana não se trata de um princípio, mas sim de um axioma constitucional que alicerça todos os direitos fundamentais e, consequentemente, todo o ordenamento jurídico.

Referências

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 3. ed. Editora Lumen Juris, 2011.
- HOBBINS, Stephen Paul. **Comportamento organizacional**. São Paulo: Prentice Hall, 2010.
- MASLOW, Abraham Harold. **Motivation and Personality**, 3. ed., R. D. Frager e J. Fadiman (Orgs.), 1997.
- MASLOW, Abraham H. **Introdução à Psicologia do Ser**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livraria Eldorado Tijuca, s/d.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Capítulo 14

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO SUCESSÓRIO: O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM SEDE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jade Karoline Rabelo Leles¹

1 Introdução

A sociedade contemporânea traz consigo constantes modificações nos aspectos familiares, de forma que a liberdade e a afetividade têm se mostrado como bases importantes de direcionamento para a formação familiar.

É sabido que viemos de uma sociedade extremamente patriarcal, onde somente a voz do homem, pai de família, possuía força, ele era capaz até mesmo de decidir sobre a vida dos seus entes familiares, o chamado *pater famílias*.

Somente ele detinha o poder e direito. Assim como só eram válidas as famílias geradas a partir de um casamento formal, perante a lei dos homens e da igreja, sendo reconhecidos os filhos havidos apenas na constância de tal união, sendo os “bastardos” rejeitados pela sociedade, e consequente pela legislação.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, de forma a proteger às garantias constitucionais, a afetividade passou a ser reconhecida como forma válida de formação de laços familiares.

A filiação socioafetiva passou então a ser reconhecida como forma de filiação civil, tal qual a filiação adotiva, admitindo-se sua existência por

¹ Advogada, Graduada pelo Centro Universitário Newton Paiva, Pós Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Minas Gerais, Especialista em Inventários, Professora de Direito Ambiental e Direito do Trabalhista no Curso Técnico de Açúcar e Álcool do Centro Educacional Visão.

meio dos artigos 1.593 e 1.605 do Código Civil, além dos entendimentos jurisprudenciais e Provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

Dessa forma, ao reconhecer a socio afetividade como criadora da laços familiares, outros questionamentos e possibilidades se abrem tal como o reconhecimento da filiação socioafetiva post mortem, em outras palavras, o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva post mortem.

Isto porque, é sabido que apesar da luta pela regulamentação dos novos modelos de família, muitas pessoas vivem na informalidade. Não regulam suas relações seja no aspecto matrimonial ou filiativo, procurando regularizar as situações quando da abertura da sucessão para que, diante de uma possível herança, possam receber a parte que lhes cabe.

Entretanto, a jurisprudência tem manifestado possibilidade de reconhecimento de paternidade post mortem somente em esfera judicial, não permitindo que seja feito em cartório, não tendo inclusive qualquer regulamentação a respeito por parte do CNJ, impedindo assim os cartórios de realizarem tal de forma extrajudicial.

Não obstante, há no Provimento nº 35 do Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de reconhecimento de união estável em escritura pública de inventário e partilha possibilitando que seja reconhecida de forma extrajudicial a meação da companheira supérstite, garantindo assim seus direitos fundamentais.

Não seria então, a ausência de previsão legislativa que permita aos filhos socioafetivos serem reconhecidos em sede de inventário extrajudicial uma afronta aos seus direitos fundamentais? De forma que em semelhante situação confere-se essa possibilidade ao companheiro supérstite?

2 Princípios constitucionais do direito de família

Os princípios são a base do direito, principalmente no que tange o direito de família e sucessório, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o norteador de todos os princípios destes dois ramos do direito. A partir dele, todos os demais princípios servem ao direito de família e sucessório como tutela para as novas relações familiares.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao princípio mandamental obrigatório, mas

a todo o sistema de comandos. (DIAS, 2009, p. 58).

O princípio da afetividade é de suma importância de forma que tem sido ele o esteio para os novos modelos de família. O afeto é a expressão que se refere aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e ao amor (DAMIAN, 2022, p. 10).

Em todas as relações familiares, mas principalmente nas socioafetivas, este princípio se encontra presente de forma que ele é quem garante uma relação familiar harmoniosa, gerando confiança e proteção mutua entre seus entes.

De igual forma, temos o *Princípio da Igualdade*, entre os cônjuges, filhos e entidades familiares. Não há mais no ordenamento jurídico vigente, a possibilidade de que somente uma figura seja considerada importante dentro da relação familiar, pautada numa conduta extremamente discriminatória, como acontecia de forma anterior à Constituição Federal de 1988.

Isto significa dizer que dentro de uma estrutura familiar, independentemente de como ela foi formada e em qual modelo de família se encontra inserido, os seus integrantes possuem iguais condições de direitos, não podendo ser discriminados, nem subjugados por ninguém.

Além do mais, a igualdade entre os filhos possui guarida na Constituição, no artigo 227, § 6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988)”.

Ou seja, independentemente de como se deu a filiação - e neste caso apesar de não ser mencionado no referido artigo os filhos socioafetivos também possuem esta proteção, eles terão os mesmos direitos de filiação em relação aos seus pais.

Não pode existir tratamento desigual aos filhos cabendo ao ordenamento jurídico impedir qualquer forma de distinção entre eles, pois todos os filhos são iguais, independentemente, de serem de sexo masculino ou feminino, fruto de casamento/união estável, ou não, havendo ou não laços de sangue, adotivos ou socioafetivos, ou concebidos por inseminação artificial heteróloga (DAMIAN, 2022, p. 45).

Outro princípio importante que sustenta o direito de família e sucessório e seus novos modelos de constituição familiar é o *Princípio da Liberdade e do pluralismo dos arranjos familiares*.

Em todo o nosso ordenamento jurídico podemos encontrar tal

princípio contemplado, como por exemplo no Código Civil, em seu artigo 1.513 que impõe a proibição seja pelo Estado ou por pessoa qualquer, intervenção nas composições familiares, garantindo a liberdade de elaboração do planejamento familiar no artigo 1.516 do mesmo diploma legal.

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. (LÔBO, 2011, p. 70).

Ou seja, tal princípio garante a liberdade de cada ser em compor suas relações familiares, adotando o modelo de família que melhor lhe convir sem que haja intervenção ou proibição de qualquer terceiro ou até mesmo do Estado.

3 Filiação socioafetiva

Considerando os princípios constitucionais acima citados, resta evidente a garantia constitucional dada a todas as pessoas de constituir suas relações familiares baseadas na afetividade, no querer.

De forma inicial se comprehende que todas as relações se iniciam por um nível de afeto, de conexão, intimidade. Entretanto, nas relações biológicas, não se faz necessária a afetividade para que haja um vínculo de paternidade/filiação. Basta somente o vínculo sanguíneo.

Em contrapartida, nas relações socioafetivas, o afeto é requisito principal para que realmente se estabeleça uma ligação familiar.

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen". (CASSETTARI, Christiano VILLELA, *apud* João Batista, 2015, p.11)

Neste sentido, infere-se que as filiações socioafetivas necessitam primeiramente do afeto mútuo entre as partes. É necessário que haja entre os interessados nesta relação familiar o tratamento de família, de paternidade/maternidade e filiação. Se faz necessário que as partes envolvidas queiram verdadeiramente estabelecer entre si, para além de um vínculo afetivo, um

vínculo jurídico de paternidade/maternidade.

Porém, não é somente o vínculo de afeto entre os indivíduos que configurará uma socio-afetividade. Para que haja a caracterização de uma filiação socioafetiva é necessária a presença de alguns requisitos que são: notoriedade, publicidade, e ausência de equívoco.

Apresentando-se no universo dos fatos, a posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco. A notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse do estado não devem causar dúvida ou equívoco. (FACHIN, 2003, p. 57).

Ou seja, para que haja a concretização de uma filiação socioafetiva é necessária a presença do estado de posse de filho, que nada mais é que a junção dos requisitos acima mencionados.

Sendo assim, para aqueles que desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva, o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça permite que o procedimento de reconhecimento seja feito de forma extrajudicial perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, desde que não haja processos judiciais versando sobre o mesmo tema e se trate de pessoas maiores de 12 anos de idade. Tal reconhecimento é feito de forma irrevogável.

Quem comparece no cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea solicitando o registro de alguém como filho, não necessita de qualquer comprovação genética, porque isso representa um modo de ser em família. Em outras palavras, “aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma ‘adoção de fato’”, uma aceitação voluntária ou judicial da paternidade/maternidade, em que é estabelecido o modo de ser filho afetivo, com a atribuição de todos os direitos e deveres” (WELTER, 2009, p. 227).

Entretanto, só é possível o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva desde que todas as partes ainda estejam vivas. Isto quer dizer que nosso ordenamento e jurisprudência não permite, ainda, o reconhecimento socioafetivo post mortem de forma extrajudicial.

4 Do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*

Atualmente o ordenamento jurídico vigente é silente quanto ao reconhecimento da filiação socio afetiva *post mortem*. O que sem tem sobre o procedimento de reconhecimento advém de construção jurisprudencial, sendo ausente, também, legislação sobre este reconhecimento *post mortem* de forma extrajudicial.

Sendo assim, através de uma *Ação Declaratória de Filiação Socio Afetiva post mortem*, o filho socioafetivo que deseja ter seu direito reconhecido pode pleitear seus direitos.

Naturalmente o reconhecimento da condição de filho geram efeitos jurídicos como o direito a alimentos, regulamentação de guarda, direito ao nome dos pais reconhecidos, e principalmente geram direitos sucessórios. O filho socioafetivo passa concorrer em igualdade de condições com os demais herdeiros, independente da origem do vínculo dos demais filhos, contemplando o princípio da igualdade entre os filhos.

Verifica-se que, por tudo o que foi exposto no que tange a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, conclui-se que serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Porém, devemos ver com cautela o direito sucessório, pleiteado *post mortem*, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral, e dele já ter recebido a herança. Acreditamos que a tese da socioafetividade deve ser aplicada às avessas, ou seja, também para gerar a perda de direito, pois, se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela. (CASSETTARI, 2015, p. 128).

Na mesma linha determina o Enunciado nº 33 do IBDFAM:

O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação. (BRASIL, 2021)

Desta feita, notório e inegável o direito do filho socioafetivo de ser reconhecido como herdeiro e participar em iguais condições em uma possível sucessão de seus pais socioafetivos, de forma que o direito a herança é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXX, da CRFB/88.

Ressalta-se que o direito à herança é um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXX, da CRFB/88, de modo que o indivíduo pode acabar recebendo heranças distintas de seus três genitores, se for identificada uma relação pluriparental (GAMA, 2023, p.112)

Entretanto, apesar de certa a possibilidade do reconhecimento da filiação socio afetiva *post mortem*, o direito dos filhos socio afetivos tem esbarrado cotidianamente na falta de regulamentação e por consequência, na negativa deste procedimento de forma extrajudicial.

5 O reconhecimento da filiação socioafetiva no inventário extrajudicial

O procedimento de inventário extrajudicial está disposto na Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, que se tornou possível com o advento da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que alterou o extinto Código Civil de 1973 inserindo a possibilidade do inventário em cartório.

Art. 610 Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (BRASIL, 2015).

Dessa forma em caso de acordo e maioridade de todos os herdeiros, acompanhados e instruídos por um advogado é possível que o inventário seja realizado por meio de escritura pública garantindo celeridade a um procedimento que por vezes pode vir a se delongar no judiciário.

O procedimento ainda não necessita de homologação judicial tendo em vista a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos garantidos aos serviços notariais. Ou seja, os atos produzidos e lavrados em cartórios gozam da mesma segurança jurídica que uma decisão judicial.

Entretanto, apesar de todas essas características intrínsecas dos cartórios, não se mostra possível, ainda, o reconhecimento da filiação socio afetiva extrajudicial o que acaba por lesionar direitos fundamentais dos interessados.

Isto porque não pode o Estado colocar seus cidadãos abaixo da vontade de seus governantes de forma que, mais uma vez, diante do princípio da liberdade os indivíduos tem soberania sobre suas decisões, eles detêm autonomia de escolha das relações familiares.

Dessa forma, tendo o pretenso herdeiro preenchidos todos os requisitos para a caracterização da filiação socio afetiva, qual seja, publicidade, continuidade e ausência de equívoco, consolidando a posse de estado de filho e sendo os demais herdeiros todos concordes, não há motivos para que não seja o reconhecimento extrajudicial possibilitado.

Até mesmo porque há na Resolução nº 35 do CNJ a possibilidade de reconhecimento da meação da companheira na escritura de inventário e partilha extrajudicial. “A meação de companheiro(a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo” (BRASIL, 2007).

Ora, se existe a possibilidade de reconhecimento *post mortem* de uma união estável, situação esta em que o *de cuius* poderia também ter se manifestado em vida, qual o motivo plausível para que não haja o reconhecimento de um pretenso filho socio afetivo?

Neste contexto, a falta de norma legal no direito positivo pátrio que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual os herdeiros reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida, não pode se sobrepor ao direito fundamental ao reconhecimento da ascendência. O formalismo não pode se sobrepor a direitos fundamentais, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. (FISCHER, 2017).

Além do que, reconhecido o direito do filho socio afetivo em sede de inventário extrajudicial, este teria os mesmos direitos e deveres que os demais. O Estado jamais sairia prejudicado nesta situação tendo em vista que os principais interessados, os herdeiros, estariam dividindo os seus bens e consequentemente os custos do inventário (impostos) com mais um herdeiro.

Ademais, pensar que os herdeiros reconheceriam um filho do falecido, com todas as implicâncias legais e, principalmente, patrimoniais disso decorrentes, para fraudar alguma lei, não parece fazer sentido. De qualquer forma, não se pode legislar por exceção, pensando nos fraudadores. A tendência é desburocratizar, com segurança jurídica. E os procedimentos extrajudiciais oferecem isto, além de economia e celeridade. (FISCHER, 2017).

Percebe-se então que a ausência de regulamentação de um procedimento que permita os filhos socio afetivos serem reconhecidos de forma extrajudicial fere os direitos fundamentais a herança, a liberdade, à

propriedade, além de sobrecarregar ainda mais o já abarrotado judiciário com questões que podem, tranquilamente, serem resolvidas no âmbito extrajudicial.

Essa medida atende não somente os anseios das famílias socioafetivas, concretizando a dignidade de seus integrantes, notadamente do herdeiro socioafetivo, como também atende a necessidade de toda a sociedade, no sentido de que o Poder Judiciário seja aliviado de tantas demandas, de forma a se concentrar naquelas que, efetivamente, necessitem de sua intervenção. (SCHEID, 2017).

Desta forma, por analogia ao aplicado nos casos de reconhecimento de meação do companheiro, mostra-se perfeitamente possível o reconhecimento, também, da filiação socioafetiva na escritura pública de inventário e partilha.

6 Considerações finais

Pautados no princípio da afetividade e da liberdade, as relações familiares têm tomado caminhos cada vez mais livres e de igual forma complexos. As famílias têm se baseado no amor e no afeto para sua constituição, reconhecendo todos os seus componentes de forma igualitária.

A filiação socioafetiva decorre destes princípios e destas novas relações familiares. É considerado como uma forma de parentesco civil de forma que o filho socioafetivo possui todos os direitos e deveres dos demais filhos.

Entretanto, o reconhecimento da filiação socioafetiva de forma extrajudicial é permitido somente em vida, de forma que para um reconhecimento *post mortem* seja necessário a judicialização da demanda.

A ausência de regulamentação deste procedimento acaba por ferir direitos fundamentais daqueles pretensos filhos socioafetivos que pretendem se ver reconhecidos juridicamente, usufruindo de todos os efeitos deste reconhecimento, principalmente, neste caso, do direito fundamental a herança.

Neste sentido, tendo em vista a fé pública e segurança jurídica conferida aos cartórios, se mostra factível o reconhecimento da filiação socioafetiva em sede de inventário extrajudicial como ocorre, de igual forma, com o reconhecimento da união estável.

Apesar de não haver qualquer impedimento legal, os cartórios não podem adotar um procedimento que não tenha sido regulamentado.

Desta feita, urgente a necessidade de regulamentação da presente questão para que os filhos socioafetivos que não tenham sido reconhecidos em vida, por um motivo qualquer, possam ter, se preenchidos os requisitos, seu direito reconhecido de forma célere por meio de procedimento extrajudicial, garantindo assim, igualdade entre os herdeiros e respeito aos princípios constitucionais fundamentais.

Referências

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos /Christiano Cassettari. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. 3^a ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

DAMIAN, Terezinha. **Família e filiação socioafetiva** / Terezinha Damian. - eBook - Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2022. Recurso digital” (Terezinha Damian Antonio, Família e filiação socioafetiva)

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FISCHER, José Flávio Bueno. **Reconhecimento de filiação biológica e socioafetiva em escritura pública de inventário e partilha.** Colégio Notarial do Brasil. 2017. Disponível em <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/reconhecimento-de-filiacao-biologica-e-socioafetiva-em-escritura-publica-de-inventario-e-partilha#:~:text=RECONHECIMENTO%20DE%20FILIA%C3%87%C3%83O%20BIOL%C3%93GICA%20E%20SOCIOAFETIVA%20EM%20ESCRITURA%20P%C3%99ABLICA%20DE%20INVENT%C3%81RIO%20E%20PARTILHA,-Por%20Jos%C3%A9%20Fl%C3%A1vio&text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%201916,rela%C3%A7%C3%A7%C3%B5es%20fora%20do%20v%C3%ADnculo%20matrimonial>. Acesso em 20/04/2023.

<https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>

<https://constitucional.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-8-capitulo-7-artigo-227>. Acesso em: 28/04/2023.

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619587/artigo-3-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em: 28/04/2023.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 07/02/2023.

<https://ibdfam.org.br/ebook/enunciados#:~:text=Os%20novos%20Enunciados%20IBDFAM%20foram,%2C%20filia%C3%A7%C3%A3o%20socioafetiva%2C%20entre%20outros>. Acesso em: 28/04/2023.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>. Acesso em: 08/03/2023.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 28/04/2023.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07/02/2023.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07/02/2023.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07/02/2023.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011

SCHEID, Cíntia Maria. **O reconhecimento extrajudicial da socioafetividade na escritura pública de inventário e partilha: contexto e possibilidades**. Colégio Notarial do Brasil – PR. Disponível em <https://cnbpr.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Artigo-Cintia-Maria-Scheid-.pdf>. Acesso em 20/02/2023.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Capítulo 15

DIREITO À SAÚDE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL PARA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVIDADE DE SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Cássia Montouto Borges¹

1 Direito à Saúde e Constituição Federal

O direito à saúde é um preceito fundamental assegurado pela Constituição Brasileira. Conforme consta na letra da lei, sua existência está ancorada no artigo 6º, que trata dos direitos sociais, e no artigo 196, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado. Estes são os principais dispositivos constitucionais que fazem menção a este direito. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. **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.

O estabelecimento deste direito como preceito fundamental é, sem sombra de dúvidas, medida protetiva e essencial para a promoção da igualdade e justiça social, visando assegurar uma vida digna e o bem-estar de todos os indivíduos, sem distinção. Neste sentido, a Constituição consagrou a universalidade do acesso aos serviços médicos adequados como um dos aspectos mais importantes deste direito. Ou seja, a saúde é direito que deve ser garantido a todos, independentemente da condição social ou

¹ Graduada em Direito pela PUC Minas; Pós Graduada em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus; OAB/SP 314.118. Email: cgmontouto@msn.com

econômica do indivíduo.

Outro objetivo importante do direito à saúde, que extrapola a questão de seu alcance individual, é a garantia de medidas preventivas e de promoção da saúde, de modo abrangente, visando o bem estar da sociedade como um todo. Ou seja, tais medidas têm alcance social e objetivam evitar doenças, além da promoção de estilos de vida saudáveis. Isso incorpora ao direito um aspecto de relevância pública. Como exemplo destas medidas, destacam-se as campanhas educativas, a vacinação, o acesso a água potável, o saneamento básico e outras ações que contribuem para a prevenção de enfermidades.

Para além das questões preventivas e de cunho puramente epidemiológico/sanitário, o acesso às tecnologias em saúde para o diagnóstico e devido tratamento das condições de saúde existentes na população é outro aspecto relevante deste direito, englobando desde exames, consultas médicas, até procedimentos cirúrgicos complexos e medicamentos essenciais.

Sendo assim, em todas suas características e complexidade, o direito à saúde resta intimamente ligado à preservação da vida, e sua garantia se dá não somente na esfera dos cuidados, mas em toda a cadeia do que conhecemos como “determinantes em saúde”.

Os determinantes em saúde são conceitos amplamente estudados e debatidos na área da saúde pública, mas não há regramentos legais específicos que os tenham originado. Eles são baseados em evidências científicas e estudos que demonstram a influência de diversos fatores sociais, econômicos e ambientais na saúde das populações. Contudo, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) menciona os determinantes sociais da saúde em seu Artigo 3º, que estabelece que a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso aos serviços de saúde.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013) Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Uma leitura constitucional também é realizada sobre tais determinantes, uma vez que o artigo 196 da CRFB prevê que, além do

acesso às terapias protetivas e curativas, quando da presença de doenças, a saúde, aqui entendida como bem-estar populacional, será garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Isso porque uma pessoa sem acesso adequado aos cuidados de saúde, sejam eles preventivos ou terapêuticos - onde a proteção do direito à saúde é mais incisiva -, ou sem alimentação e moradia digna - onde não falamos diretamente em direito à saúde, mas sim em determinantes em saúde -, por exemplo, pode ter sua vida ameaçada.

Portanto, garantir o acesso universal, equânime e integral aos serviços de saúde, bem como trabalhar pela construção continua e pelo aprimoramento de políticas públicas existentes que dizem respeito aos determinantes de saúde de uma nação, é uma forma de proteger e preservar a vida humana.

Por fim, é importante destacar que a promoção do direito à saúde contribui não somente para a garantia da vida dos indivíduos, mas também, para o desenvolvimento econômico e social de um país. Pessoas saudáveis são mais produtivas, têm maior qualidade de vida e contribuem de forma mais efetiva para o progresso da sociedade como um todo.

Em síntese, ao se garantir a saúde da população, a Constituição cumpre com seu papel em proteger a vida, bem como resguarda a Dignidade da Pessoa Humana.

2 A efetivação do Sistema Único de Saúde como mecanismo garantidor da saúde da população brasileira

A consolidação do direito à saúde no Brasil foi idealizada e concretizada por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Esse sistema, criado durante a redemocratização do país na década de 1980, tem como objetivo garantir o acesso à saúde para todos os cidadãos brasileiros, conforme estabelecido pela Constituição Federal.

Sua concepção foi impulsionada pela luta dos movimentos sociais e da classe trabalhadora, que reivindicavam um sistema de saúde público, gratuito e de qualidade. A estruturação do SUS envolveu a união de esforços entre governo, profissionais da saúde e sociedade civil, resultando em uma reorganização do sistema de saúde em três níveis de atenção e complexidade, respectivamente: primária (baixa), secundária (média) e terciária (alta).

Os princípios fundamentais que embasam o SUS são a universalidade, a integralidade e a equidade dos serviços de saúde.

O primeiro princípio, sendo ele talvez o responsável por elevar o SUS à posição de maior sistema de saúde do mundo é o princípio da (i) universalidade, que significa que todos os cidadãos brasileiros têm direito ao acesso igualitário, gratuito e integral aos serviços de saúde, independentemente de sua condição social, econômica ou de saúde;

Como desdobramento deste primeiro temos ainda o princípio da (ii) a integralidade, que busca oferecer serviços abrangentes e multidisciplinares aos usuários do sistema público de saúde; e o princípio da (iii) a equidade, que visa reduzir as desigualdades no acesso à saúde.

Apesar dos desafios enfrentados ao longo dos anos para o alcance destes princípios, como falta de recursos financeiros, desigualdade regional e ineficiência na gestão de recursos, o SUS tem se mostrado fundamental para garantir a saúde pública e o acesso aos serviços de saúde no Brasil, especialmente para as populações mais vulneráveis.

Como mencionado, internacionalmente, o SUS é reconhecido como uma das maiores conquistas na área da saúde pública do Brasil, representando, portanto, um marco histórico na saúde do país.

Antes da criação do SUS, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) era responsável pela gestão da saúde no Brasil, porém, o acesso aos serviços era limitado e desigual, atendendo apenas os segurados da Previdência Social.

Neste contexto histórico, as Santas Casas de Misericórdia desempenharam um papel importante ao suprir a falta de serviços de saúde públicos e oferecer assistência aos mais necessitados, baseando-se em princípios filantrópicos e religiosos. A primeira Santa Casa de Misericórdia do país foi fundada em Santos, em 1543, sendo, igualmente, a primeira instituição hospitalar do país. Ao longo dos séculos, as Santa Casas se espalharam por diversas cidades brasileiras, sendo responsáveis por oferecer atendimento médico e hospitalar à população carente, em épocas em que sequer cogitava-se a estruturação de uma assistência médica da magnitude na qual o SUS se propôs.

3 A busca pela efetivação dos princípios constitucionais da saúde para garantia do acesso a serviços de saúde igualitários e de qualidade

Como delineado em linhas anteriores, o princípio da universalidade do SUS é um dos pilares fundamentais do sistema de saúde brasileiro. Esse princípio estabelece não somente que todos os cidadãos brasileiros tenham direito ao acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, independentemente de sua condição social, econômica ou de qualquer outra natureza, mas também implica que todos os serviços de saúde devem ser oferecidos de forma integral e integrada, ou seja, que os pacientes devem ser tratados de forma holística e não apenas em relação a uma doença específica.

No entanto, apesar da importância desse princípio para a garantia da saúde pública no Brasil, sua aplicabilidade prática nos dias atuais ainda enfrenta diversos desafios. Alguns desses desafios incluem (i) a falta de recursos financeiros e humanos para garantir o acesso universal à saúde em todo o país, principalmente em localidades remotas; (ii) a falta de infraestrutura adequada (iii) a falta de investimentos em prevenção e promoção da saúde; (iv) a falta de investimentos em tecnologia e inovação; (v) ineficiência de gestão; (vi) o desperdício de recursos etc.

É importante destacar que a aplicação prática do princípio da universalidade do SUS também esbarra em questões políticas e ideológicas. Em muitas localidades, o acesso à saúde é utilizado como moeda de troca política, o que acaba prejudicando a população que realmente carece dos serviços de saúde pública.

O princípio da integralidade é outro preceito fundamental e constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

Esse princípio busca garantir que os serviços de saúde sejam oferecidos de forma abrangente, contemplando desde a prevenção até o tratamento e reabilitação do paciente, em todas as suas dimensões físicas, mentais e sociais.

No país, o SUS se organizou de modo a buscar a oferta integral à saúde, se dividindo em diferentes níveis de complexidade: baixa, média e alta. Na atenção básica, de baixa complexidade, são prestados os cuidados primários à saúde, como consultas médicas, vacinação e acompanhamento pré-natal. O objetivo é promover a saúde e prevenir doenças, atendendo às necessidades mais comuns da população.

Já na atenção de média complexidade, encontram-se os serviços especializados, como ambulatórios médicos, centros de diagnóstico por imagem e serviços de reabilitação. Nesse nível, busca-se o diagnóstico preciso e o tratamento adequado das condições de saúde mais específicas.

Por fim, na atenção de alta complexidade, estão os procedimentos de maior complexidade, como cirurgias, transplantes, internações hospitalares prolongadas, alguns dos tratamentos oncológicos e terapias intensivas. Esses serviços são voltados para casos mais graves e demandam estrutura tecnológica avançada e equipe multidisciplinar especializada.

Apesar da importância do princípio da integralidade para garantir uma assistência abrangente e qualificada no SUS, sua aplicação também enfrenta desafios.

A falta de investimentos adequados (subfinanciamento) em infraestrutura e recursos humanos compromete a oferta de serviços de média e alta complexidade, gerando longas filas de espera e dificuldades no acesso a tratamentos especializados. Além disso, a fragmentação do sistema de saúde, a falta de articulação entre os diferentes níveis de atenção e a ausência de uma rede realmente integrada muitas vezes resultam em lacunas na continuidade do cuidado, prejudicando a qualidade e efetividade dos serviços.

Muitas pessoas se perdem no sistema e não chegam a um ponto ideal para que sua condição de saúde seja adequadamente tratada. Falta, inclusive, transparéncia nas filas de esperas do sistema e uma comunicação assertiva entre gestores e pacientes, com a finalidade do apoio para a navegação do usuário do SUS rumo ao alcance de seus objetivos de saúde.

O princípio da equidade é o terceiro e último pilar dito essencial do Sistema Único de Saúde. Esse princípio visa garantir que todos os cidadãos tenham acesso igualitário aos serviços de saúde, independentemente de sua condição socioeconômica, geográfica ou qualquer outra forma de discriminação.

A equidade, tal como os demais princípios, está respaldada constitucionalmente pelo artigo 196, que estabelece o direito à saúde como um dever do Estado e um direito de todos, e reafirmada, literalmente, na definição do SUS no artigo 198.

No entanto, apesar dessas bases legais sólidas, a aplicabilidade prática do princípio da equidade enfrenta desafios significativos, conforme poderemos observar adiante.

Um dos principais problemas é a desigualdade econômica e social

existente no país, que reflete diretamente no acesso à saúde. Indivíduos em situação de vulnerabilidade socioeconômica têm maior dificuldade em obter atendimento adequado e oportuno.

É importante destacar também um aspecto importante que diz respeito à estruturação do sistema, que é a forma de remuneração dos hospitais. Isto porque esse fator, especificamente, pode impactar negativamente na oferta não equânime de tratamentos no SUS.

Atualmente, a remuneração dos hospitais no SUS é realizada, principalmente, por meio do Sistema de Informações Hospitalares (SIH), que utiliza uma tabela de procedimentos e valores pré-estabelecidos. Neste sentido, cumpre esclarecer que essa tabela nem sempre reflete adequadamente os custos reais dos serviços prestados, podendo gerar distorções na oferta de tratamentos.

Ou seja, na prática, hospitais que possuem maior capacidade financeira e estrutura mais avançada têm condições de oferecer uma ampla gama de procedimentos e tratamentos, enquanto unidades com recursos limitados podem ficar restritas a serviços básicos, pois não tem como manejá-los como as grandes instituições de saúde.

Este fato tem estabelecido uma desigualdade no acesso aos tratamentos mais avançados e especializados, prejudicando aqueles que dependem exclusivamente do SUS para sua saúde.

Além disso, a remuneração baseada em procedimentos isolados tende a incentivar uma abordagem fragmentada da saúde, em que o foco está na realização de procedimentos individuais em vez de uma atenção integral ao paciente, levando a um direcionamento desproporcional de recursos para certas áreas da saúde em detrimento de outras, resultando, igualmente, em desigualdades na oferta de tratamentos.

Atualmente, para promover a equidade no SUS, é necessário repensar, principalmente, o sistema de remuneração dos hospitais, considerando não apenas os procedimentos realizados, mas também a complexidade dos casos atendidos e a necessidade de recursos para proporcionar uma atenção abrangente e de qualidade. Isso permitiria uma distribuição mais equânime dos recursos e tratamentos, garantindo que todos os cidadãos tenham acesso igualitário aos serviços de saúde, independentemente de onde vivam ou de sua condição socioeconômica.

Tal como exemplificado nos princípios anteriores, outros tantos desafios impedem a aplicabilidade do princípio da equidade, como por exemplo (i) a corrupção e a má gestão dos recursos; (ii) desvios de verbas;

(iii) falta de transparência; (iv) modelos de remuneração de procedimentos; (v) liberdade dada aos gestores na definição de determinados tratamentos etc.

Por fim, é importante ressaltar que a equidade em saúde não se limita apenas ao acesso aos serviços, mas também abrange a qualidade e o resultado dos cuidados prestados. Apesar de haver proibição explícita, a discriminação ainda ocorre nos corredores do SUS pelo Brasil afora.

A falta de capacitação adequada dos profissionais de saúde para correta definição de urgências e emergências, bem como a deficiência na gestão dos processos assistenciais podem, igualmente, gerar disparidades no tratamento oferecido aos diferentes grupos populacionais.

Sobre o aspecto prático da aplicabilidade do princípio da equidade nos serviços de saúde, um estudo conduzido pelo Instituto Oncoguia, intitulado meu SUS é diferente do teu SUS”, e publicado no *Brazilian Journal Of Oncology*, identificou diferenças significativas na oferta do tratamento sistêmico para quatro tipos de cânceres, sendo que as variações encontradas refletiam padrões de tratamentos tanto aquém, quanto além do protocolo de tratamento para as patologias estabelecido pelo Ministério da Saúde.

Neste sentido, a conclusão do estudo identificou que os critérios que definiriam o padrão de tratamento a ser recebido pelo paciente seria somente dois: seu CEP e sua sorte.

Tal aspecto está revestido de toda uma lógica de financiamento do sistema, uma vez que cada hospital habilitado para ofertar tratamento oncológico no SUS tem a liberdade de padronizar e ofertar as terapias que julgar mais pertinentes, tanto sob os aspectos clínicos, quanto sob os aspectos financeiros.

Assim sendo, hospitais de todo o país, apesar de pertencentes ao mesmo sistema de saúde pública, e receberem financiamento público igualitário para a oferta de tratamentos específicos, criam disparidades de tratamentos para a mesma população, colocando em xeque o princípio da equidade na oferta de serviços públicos de saúde.

3 Considerações finais

A efetividade dos princípios constitucionais da saúde - universalidade, equidade e integralidade - é de extrema importância para a subsistência do direito à saúde, sendo este último, preceito fundamental

para a garantia, outrossim, da dignidade da pessoa humana.

O devido cumprimento destes princípios asseguram um sistema de saúde justo, igualitário e abrangente, promovendo acesso equitativo aos serviços sanitários, reduzindo desigualdades e abordando a saúde de forma integral.

Apesar do Sistema Único de Saúde ainda não conseguir entregar à sociedade infraestrutura de ponta, além de uma gestão capacitada, que atenda integralmente com o quanto estabelecido pela Constituição Federal, esforços compartilhados entre sociedade civil organizada, gestores de saúde, parlamentares e indústria vem ocorrendo ao longo dos anos, fomentando o aprimoramento do sistema.

Neste sentido, políticas públicas voltadas a garantir o fiel cumprimento dos princípios aqui tratados também tem sido construídas com o objetivo de suprir as deficiências apontadas neste capítulo.

Como profissional atuante em políticas públicas de saúde e Advocacy, tenho especial tendência em acreditar que nenhuma política nasce pronta e acabada, mas que a verdadeira arte de se conseguir a perfeição de algo reside no fato de nunca desistir de propor melhorias e testar os resultados obtidos.

Nosso Sistema Único de Saúde sobrevive ao longo de décadas, mas, apesar dos percalços do caminho, resta a certeza inequívoca de que muito já se fez e muito há a ser realizado para a saúde pública do país.

Os ajustes são resultados da participação social constante nos conselhos de saúde e órgãos congêneres, bem como da mobilização social por parte de entidades representativas de classes e pacientes.

A Constituição, alicerce de nosso Estado Democrático de Direito, ao consagrar a saúde como direito de todos e dever do Estado, também estabeleceu que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade.

Em síntese e encerrando essa breve análise sobre os princípios constitucionais que norteiam a saúde pública no Brasil, a participação social não somente integra o texto constitucional, mas também é ferramenta útil e necessária para as transformações que almejamos no Sistema de Saúde brasileiro.

Utilizar de tal ferramenta é ato de cidadania e compromisso para a construção de políticas públicas coerentes com a Constituição Federal, que primem de fato pela universalidade, integralidade e equidade dos serviços de saúde pública.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

INSTITUTO ONCOGUIA. “Meu SUS é diferente do teu SUS”.

Brazilian Journal of Oncology. 2017. Disponível em: http://www.oncoguia.org.br/pub/10_advocacy/BJO-artigo-83.pdf. Acesso em: 17 ago. 2023.

Capítulo 16

DIREITO DIGITAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Wagner Lucio Gomes Costa¹
Eliza Rodrigues Sampaio Gomes²

1 Introdução

No decorrer dos séculos, ocorreram evoluções tecnológicas que modificaram a sociedade de maneira profunda. O ser humano sempre buscou meios de otimizar o seu tempo e maximizar o seu processo produtivo. Em razão disso, o mesmo foi criando ferramentas hábeis para a consecução de seus objetivos.

A automatização informática é uma realidade nos dias atuais. Não se pode negar a sua eficácia evolutiva no tocante a praticabilidade e a maximização do tempo útil das corporações, governos para a realização de controles fiscais, fluxos de caixas, interpretações de informações obtidas, administração de projetos, transferência eletrônica de valores e de dados.

Nos dias atuais, a automatização informática tem atingido níveis de eficácia inimagináveis. Puxando o carro forte dessa revolução, IAs (inteligências artificiais) já modificaram todo o cenário global. Esta tecnologia da informação visa reproduzir o processo de cognitivo do ser humano nas maquinas.

O processo de conhecimento humano é objeto de estudo desde os primórdios da raça humana. Conhecer requer aprendizado, experiência, energia e esforços. O conhecimento, pode-se dizer, tem como uma das fontes primordiais os fatos externos ao ser. Essa percepção de tais fatos se dão por meio de sensores capazes de realizar uma abstração analítica de tais informações e processa-las, tornando-as em conhecimento.

As ciências humanas e as ciências exatas são frutos das percepções extra-sensoriais, as quais os seres humanos percebem e conhecem um

¹ Advogado e palestrante, pós graduado em direito tributário e digital, presidente da comissão de direito para as startups da OAB MG, 83^a subseção Contagem.

² Advogada. Pós graduada em direito e tecnologia e processo civil. Diretora da advocacia dativa e conselheira da OAB MG, 83^a subseção Contagem.

determinado objeto. Na cultura ocidental, o conhecimento sempre foi sinônimo de transgressão que causa o sofrimento como consequência. Na mitologia grega, o conto de prometeu, o qual roubou fogo humano para a raça humana, afim de ilumina-la com um conhecimento que outrora era pertencente tão somente aos deuses, atraiendo, por consequência, a ira de zeus sobre si.

O filosofo mais famoso e lustre a tentar desvendar os contornos do processo do pensamento foi Aristóteles, sucessor de Platão e Sócrates. Aristóteles sistematizou o conhecimento lógico e metafísico, os quais são as bases das ciências modernas. A inteligência artificial reproduz padrões lógicos matemáticos e estáticos semelhantes às redes neurais humanas.

O seu processo de aprendizado e o seu aperfeiçoamento se dá através do processo repetitivo. No presente século, o poder de aprendizado das máquinas e dos programas computacionais são inimagináveis. As IAs são capazes de armazenar e processar extensas quantidade de dados como jamais visto na história da humanidade.

Inúmeras ferramentas tecnológicas têm sido criadas para maximizarem o tempo útil e a aceleração de processos internos de diferentes segmentos da sociedade. As startups que atuam nesse segmento prometem sistematizar soluções para os diversos problemas relacionados ao tempo, volume de processos, gestão e tratamentos de dados.

Contudo, evidencia-se riscos inerentes à ética, direitos de privacidade, proteção de dados, direitos concernentes à educação e outros direitos fundamentais imprescindíveis na análise jurídica do uso das IAs, em todos os âmbitos sociais.

2 O que é Inteligência Artificial?

A inteligência artificial é a reprodução do processo de conhecimento humano aplicado ao contexto computacional. Nas palavras de John Haugeland (1985, p. 15) conceitua a IA, como: “o novo e empolgante esforço para fazer computadores pensar [...] máquinas com mentes, no sentido literal”. Para George F. Luger (2013, p. 21): a inteligência artificial pode ser definida como o ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente.

As inteligências artificiais são as bases tecnológicas que permitem a escalabilidade em massa de uma startup que oferece a solução de um determinado problema através de tal instrumento tecnológico.

É perfeitamente possível, por meio delas, quantificar as métricas e a mensuração da aceitação dos clientes, no que concerne à qualidade de seus bens e serviços. A própria máquina ou software é capaz de aprender com os seus erros e com as informações obtidas em virtude dos feedbacks dos usuários.

John Simons (2016, p. 5) ensina que a inteligência artificial é a ciência de ensinar computadores a “aprender, raciocinar, perceber, inferir, comunicar e tomar decisões como os humanos”. Todavia, as experiências tem demonstrado que a capacidade de processamento de dados, em diversas ocasiões, é superior à capacidade dos próprios seres humanos. Resultados provenientes de jogos de xadrez e outros vem demonstrando quão grande é a sua capacidade de raciocinar logicamente, por meio de atos repetitivos.

Em razão dela não ter o componente humano da emoção, esta desconhece o aborrecimento e o estresse de uma atividade repetitiva. Isso torna as AIs capazes de substituir o ser humano em serviços repetitivos, maximizando o processo produtivo e a qualidade de vida da população.

Um grupo de especialistas contratados pela união europeia (2019) para monitorar as criações de inteligências artificiais pelo mundo explicou que, software “percebe o ambiente em que está imerso através de sensores, coletando e interpretando dado, processando informações sobre os dados recebidos para decidir qual é a melhor ação”.

Tal método de adaptação comportamental das IAs, denomina-se de machine learning. Trata-se de uma tecnologia aliada à aplicação de algoritmos que aprendem interativamente a partir de dados, para ensinar um determinado agente inteligente, a executar tarefas e aprender sozinho no meio que ocupa.

Tal método de adaptação comportamental das IAs, denomina-se de machine learning. Harry Surden (2014, p.89) ensina que: o machine learnig consiste na capacidade de os sistemas se adaptarem a novas circunstâncias e extrapolar padrões previamente estabelecido, isto é, aprendendo com os dados já conhecidos e, assim, produzindo novas informações capazes de subsidiar tomadas de decisões futuras.

3 Sociedade 5.0

Em virtude dos avanços tecnológicos ocorridos, bem como das projeções futurísticas afirmada por especialistas, no janeiro de 2016, o governo japonês apresentou o seu 5º plano básico de ciência e tecnologia.

Esse lançamento, refere-se a um documento que define políticas de inovação que deveriam ser estimuladas pelo país entre 2016 e 2021. Embora tenha ultrapassado o prazo pré-estabelecido pelo governo da época, o plano revolucionário de transformação tecnológica e social persistem.

A execução do plano sofreu alguns empecilhos, por motivações de ordens macro e microeconômicas e, sobretudo, em virtude da pandemia enfrentada pela sociedade global, nos últimos anos. Todavia, o intuito dos japoneses é servir de inspiração global no tocante à sociedade do futuro permanece.

Nas palavras da FIA (2019), segundo o documento do plano, a sociedade 5.0 é uma sucessão dos quatro modelos anteriores:

- **Sociedade da caça (1.0):** quando a espécie surgiu, os seres humanos eram caçadores-coletores. Viviam um estilo de vida nômade, migrando quando a oferta de alimentos do meio em que estavam se tornava escassa.
- **Sociedade da agricultura (2.0):** o desenvolvimento de técnicas de cultivo de alimentos foi uma revolução na humanidade, pois marcou a transição do modo de vida nômade para o sedentário e possibilitou uma explosão populacional no planeta.
- **Sociedade industrial (3.0):** o surgimento dos motores a vapor resultou na revolução industrial, no aumento na produção de bens de consumo e no **Antropoceno** (o impacto da atividade humana no clima, devido à emissão de gases do efeito estufa das máquinas).
- **Sociedade da informação (4.0):** com a aparição dos computadores, o mundo ficou digital. Na **Era da Informação**, passou a ser possível processar uma grande quantidade de dados e se comunicar em tempo real com pessoas de qualquer canto do planeta.

O foco principal do modelo de sociedade 5.0 é o bem estar humano. Para tanto, o uso da tecnologia deve ser explorado no máximo da sua capacidade. A criação de novas tecnologias servirá como base de sustentação da nova sociedade, no tocante à resolução de problemas humanos, passíveis de serem resolvidos pelas A.I (inteligência artificial).

No discurso proferido pelo governo japonês para promover a sociedade 5.0 foram citados alguns desafios que deverão ser vencidos: a construção de drones para entrega de mercadorias, smart home (casas inteligentes), medicina robotizada, trabalhos braçais realizados por robôs,

nos setores de limpeza, construção civil dentre outras, veículos autônomos, a diminuição da taxa de natalidade, sustentabilidade ambiental, a produção de alimentos artificiais, porém com o poder de nutrição dos alimentos naturais.

Em síntese, o governo japonês pretende adotar medidas que beneficiem toda a sociedade. Para o cumprimento desses objetivos, o governo japonês pretende se utilizar de tecnologias como:

- a. **Inteligência artificial:** consiste na capacidade de armazenamento de extensa quantidade de dados e uma tecnologia que permite que as máquinas aprendam como resolver problemas sem a interferência humana.
- b. **Internet das coisas:** trata-se da inteligência tecnológica que permite que objetos (eletrodomésticos e aparelhos pessoais) estejam conectados a uma rede de coleta e interpretação dos dados e respondam ao comando de seu proprietário.
- c. **Computação em nuvem:** trata-se de um sistema complexo de armazenamento de dados que podem ser executados em quaisquer tipos de hardwares.
- d. **Robótica:** robôs programados com inteligência artificial e machine learning, capazes de armazenar, interpretar grandes quantidades de informações e aprenderem a resolver problemas sem a inteligência de seres humanos.
- e. **Veículos autônomos com energias de fontes renováveis:** trata-se de veículos que funcionem sem a ação humana, por meio da inteligência artificial, da internet das coisas e computação em nuvens e energia de menor volume de poluição ambiental.

Para Merluzzi (2018), o Japão, em 2016, apresentou o conceito de sociedade super inteligente que se utiliza da tecnologia para problemas sociais por meio das tecnologias desenvolvidas na revolução 4.0

Por consequência, em meio todo esse aparato tecnológico, os seres humanos terão de aprender novas habilidades ou desenvolve-las, já que são habilidades inerentes aos humanos, para se adequarem ao novo modelo social. Afinal de contas, questões relativas ao desenvolvimento humano serão de suma importância, uma vez que esses serão ativos essenciais da sociedade 5.0.

Habilidades no Top 10

Em 2020

1. Solução de problemas complexos
2. Pensamento Crítico
3. Criatividade
4. Gestão de Pessoas
5. Relacionamento Interpessoal
6. Inteligência Emocional
7. Julgamento e Tomando Decisão
8. Orientação de Serviço
9. Negociação
10. Flexibilidade Cognitiva



Fonte: Future of Jobs Report, World Economic Forum

Em 2015

1. Solução de Problemas Complexos
2. Relacionamento Interpessoal
3. Gestão de Pessoas
4. Pensamento Crítico
5. Negociação
6. Controle de Qualidade
7. Orientação de Serviço
8. Julgamento e Tomando Decisão
9. Escuta Ativa
10. Criatividade



Embora o quadro acima prescreve a data de 2020, as habilidades “top 10”, os quais são necessários para o desenvolvimento humano, afim de que esse não seja totalmente substituído pelas novas tecnologias, tais habilidades permanecem atuais e necessárias.

Inúmeros futuristas afirmam que, as próximas gerações irão trabalhar com empreendimento ainda inexistentes nos dias atuais, uma vez que os serviços repetitivos podem ser facilmente assimilados pelas inteligências artificiais, as quais aprendem com o processo repetitivo.

4 Direitos fundamentais e o mundo pós digital

O ecossistema da atual sociedade possui peculiaridades que lhe são próprias. Em razão disso, a forma como são conduzidos os processos educacionais, bem como a análise de outros fatores sociais devem ocorrer de maneira diferente de outras épocas. Basta uma mera observação aos conceitos assinalados nos capítulos anteriores para obter a constatação de que a sociedade do século XXI é marcada por profundas mudanças sociais e tecnológicas.

O entendimento do conceito de sociedade 5.0 e da dinâmica operacional do seu ecossistema é de vital relevância para a compreensão exata da temática do presente capítulo. Aspectos relacionados ao ambiente da inovação, a incerteza do sucesso do projeto, as necessidades de mudança de direção, as características dos bens e serviços (repetíveis e escaláveis, incertos), o uso massivo da internet e das redes sociais, dentre outras características, certamente devem ser analisadas para a implementação de políticas públicas necessárias na atual sociedade.

O analfabetismo digital é um problema vigente na sociedade global, responsável pelo novo tipo de exclusão social, gerador de desigualdades

sociais e econômicas. Segundo o site educa Brasil, o analfabetismo digital:

Refere-se a uma incapacidade em “ler” o mundo digital e mexer com a tecnologia moderna, principalmente com relação ao domínio dos conteúdos da informática como planilhas, internet, editor de texto, desenho de páginas web etc. A causa do analfabetismo tecnológico é associada à “exclusão digital”, denunciada em todo o mundo como a forma mais moderna de violência e modalidade sutil de manutenção e ampliação das desigualdades.

O direito de inclusão à sociedade global e a educação pertinente ao uso dos instrumentos tecnológicos e da internet são espécies de direitos fundamentais da sociedade atual. Ademais, outros direitos fundamentais e sociais como: saúde, educação, segurança pública, seguridade social, acesso à justiça, dentre outros devem ser analisados à luz da sociedade 5.0, em razão das mudanças sociais e tecnológicas ocorridas.

Se antes a forma de se aprender estava ligada ao acesso de conteúdo através de encyclopédias, livros físicos, hoje é possível acessar a diversas informações com apenas um click em plataformas digitais como o google, ChatGPT, dentre outros. Todavia, poucos são as pessoas que dominam a criação e o uso de tais ferramentas.

Em razão do exposto, percebe-se que a educação digital será de suma importância para minimizar os efeitos das desigualdades sociais no Brasil. O direito à educação encontra amparo na Constituição Federal de 1988 no artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nessa linha, o artigo 218 da carta maior prescreve que: o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. O § 1º do artigo em estudo diz que, a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

O § 2º do artigo em epígrafe determina que, a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

O § 3º, por sua vez, estabelece que, o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

Ora, sem desenvolvimento tecnológico não é possível obter o

progresso social e o desenvolvimento nacional, almejado pela sociedade. O marco civil da internet, em seu artigo 27, determina que, as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: promover a inclusão digital; buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso.

Nesse diapasão, percebe-se que uma lei promulgada no ano de 2014 já ressaltava o dever do estado de promover a chamada educação digital.

Nessa mesma diretriz, a lei nº 14.533/2023, trata acerca da educação digital e, mais especificamente, no eixo denominado Pesquisa Digital, é proposto o incentivo a novas atividades nas áreas de computação científica, ciências e tecnologias quânticas, inteligência artificial e mídia digital, com ênfase em quatro áreas principais: ciberinfraestrutura avançada; centros de computação e comunicação, incluindo computação quântica; sistemas de computação e redes, incluindo big data, computação nas nuvens e internet das coisas; e sistemas de informação e inteligência, incluindo inteligência artificial (IA) e computação centrada no indivíduo em relação aos meios digitais.

O artigo 1º da lei mencionada institui a Política Nacional de Educação Digital (PNED), estruturada a partir da articulação entre programas, projetos e ações de diferentes entes federados, áreas e setores governamentais, a fim de potencializar os padrões e incrementar os resultados das políticas públicas relacionadas ao acesso da população brasileira a recursos, ferramentas e práticas digitais, com prioridade para as populações mais vulneráveis.

O seu § 1º determina que, integram a PNED, além daqueles mencionados no caput deste artigo, os programas, projetos e ações destinados à inovação e à tecnologia na educação que tenham apoio técnico ou financeiro do governo federal.

O § 2º, por seu turno, estabelece que, a PNED apresenta os seguintes eixos estruturantes e objetivos:

I - Inclusão Digital; II - Educação Digital Escolar; III - Capacitação e Especialização Digital; IV - Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) em Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

O § 3º da lei supracitada determina que, a PNED é instância de articulação e não substitui outras políticas nacionais, estaduais, distritais ou municipais de educação escolar digital, de capacitação profissional para novas competências e de ampliação de infraestrutura digital e conectividade.

Diante disso, a implementação do incentivo ao acesso das atuais ferramentas de inovação no mercado poderá proporcionar, de forma direta, o avanço do desenvolvimento social e tecnológico do país, fazendo com que as atividades inovadoras sejam consequências do processo educacional que o jovem abstraiu durante sua formação escolar à nível fundamental, médio e superior.

5 Conclusão

A observância dos direitos fundamentais, sobretudo no âmbito do direito digital e na esfera educacional, nunca foi tão necessária, uma vez que o desenvolvimento tecnológico, social e das economias nacionais e globais dependem da modernização do sistema educacional, das atividades econômicas decorrentes da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, sendo essas de suma relevância para a redução das desigualdades sociais.

Em virtude disso, faz-se imperioso à adequação do sistema educacional brasileiro à sociedade 5.0, bem como a harmonização entre os direitos fundamentais e o direito digital e educacional, a final de contas a ciência jurídica é uma e, por isso, deve ser sistematizada de maneira congruente, visando atingir os fins programados na Carta Maior.

Desse modo, as sistemáticas citadas não podem colidir umas com as outras. Deve-se exercer, no caso em tela, uma interpretação sociológica, sistemática e finalística do ordenamento jurídico afim de evitar conflitos aparentes de normas e de princípios que se interpretados erroneamente, pode-se dificultar demasiadamente os objetivos de constitucionais.

Em suma, o Estado, por meio dos legisladores representantes dos interesses sociais, não pode se eximir da obrigação de possibilitar e promover o acesso à educação compatível ao século XXI, em razão das inúmeras mudanças ocorridas no seio da sociedade global.

Da mesma forma, cabe ao poder executivo a implementação de políticas públicas necessárias para mitigar o analfabetismo digital, assim como os problemas decorrentes de tal problemática, uma vez que o direito à inclusão social e digital, na vigente sociedade da informação, é um direito fundamental e social da sociedade moderna.

Em virtude disso, resta evidente que, somente por meio de ações efetivas será possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização

e reduzir as desigualdades sociais e regionais, previstos no artigo 3º da CF em seus incisos I, II e III.

Referências

ADVOCACIA 4.0. coordenação Viviane Nobrega Maldonado e Bruno Feigelson, São Paulo, Thomson Reuters, 2019.

HAUGELAND, John. **Artificial Intelligence: The Very Idea.** Massachusetts: The MIT Press, 1985.

LUGER, George F. **Inteligência Artificial.** 6ª edição, São Paulo, editora Pearson Education do Brasil, 2013.

MATTOS, Tiago. **Vai la e faz.** Disponível em: www.assests.perestoika.com.br Acesso em; 02 fevereiro. 2023.

MENEZES, Ebenezer Takuno de. Verbete analfabetismo tecnológico. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil.** São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em <https://www.educabrasil.com.br/analfabetismo-tecnologico/>. Acesso em 14 ago 2023. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-04/europa-lanca-diretrizes-eticas-para-o-uso-da-inteligencia-artificial>

MERLUZZI, O. **A Sociedade 5.0, a Indústria 4.0 e o Brasil com 40 anos de atraso.** Disponível em: <https://oleodieselnaveia.com/2018/06/02/a-sociedade-5-0-a-industria-4-0-e-o-brasil-com-40-anos-de-atraso/>. Acesso no dia 05 de março de 2023.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Campos, 2004.

SOCIEDADE 5.0. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/sociedade-5-0/>. Acesso em: 17 out. 2023.

Capítulo 17

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM ESTUDO SOBRE A USO TERAPÉUTICO DA *CANNABIS*¹

Alana Guimarães Mendes²

1 Introdução

Ao estudar as denominadas gerações ou dimensões de direito de Jellinek, observa-se que, a saúde situa-se na segunda dimensão, alocada nos direitos sociais, consubstanciados como prestações positivas, ou seja, atuações concretas e às expensas do poder público.

Nesse cenário, a Constituição de 1988, apresenta em seu artigo 196 o direito à saúde, como consectário lógico do direito à assistência (conjuntamente com a previdência e a assistência propriamente dita). A importância desse direito é tamanha que o direito brasileiro criou em 1990, uma lei específica para disciplinar a estrutura do sistema de saúde, a Lei n. 8080.

Dessa forma, o direito à saúde é um direito fundamental, que deve ser garantido a todos por meio de políticas sociais e econômicas com objetivo de prevenir e curar doenças (Brasil, 1988).

Portanto, estamos diante de um tema com possibilidades imensas de discussões, sendo necessário apresentar um recorte metodológico que possa orientar os estudos que originaram o presente texto. Diante disso, a discussão centra-se na busca pelo direito à saúde por meio do cultivo e produção de *Cannabis* com objetivo terapêutico.

Tal questão envolve a análise histórica da proibição e como essa afetou por anos os discursos do legislativo, executivo e até mesmo do judiciário quando se falava em regular ou garantir o direito ao acesso a esse tipo de terapia. A própria Lei n. 11.343/2006 (conhecida como Lei

1 O presente estudo somente foi possível graças às discussões empreendidas pelo coletivo Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas (Reforma),

2 Mestra em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal. Advogada. E-mail: alana4541@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9017117355245154>.

de Drogas) também se apresentava como entrave para que esses pacientes obtivessem autorizações para exercer esse direito.

Diante disso, o presente artigo se divide em três partes. Inicialmente a pesquisa centra-se em uma síntese sobre o histórico de proibição da *Cannabis* no Brasil e no mundo, com foco na estrutura proibicionista e como isso afeta o uso terapêutico no Brasil. Em seguida apresenta-se o direito à saúde com foco no uso terapêutico da *Cannabis*, em confronto com as decisões judiciais que autorizaram pacientes a cultivar e produzir seu próprio medicamento, com foco na impetração de Habeas Corpus preventivo para conceder salvo-conduto ao Paciente³.

Adiante, discute-se os entraves existentes na Lei n. 11.343/2006 para impedir que os pacientes possam alcançar seus direitos. Por fim, estendemos as considerações finais sobre o tema proposto.

Importa destacar que o presente estudo não tem o objetivo de esgotar o tema, mas sim abrir novos caminhos para um debate sério e comprometido, levando informações e desconstituinte os históricos preconceitos que se arvoram contra a busca pelo direito fundamental à saúde.

2 Breve síntese acerca do histórico da cannabis medicinal no Brasil e no mundo

Escrever sobre o direito à saúde e o acesso ao medicamento à base de *canabidiol* (CBD) ou *tetrahidrocannabinol* (THC) é também falar sobre o tratamento jurídico conferido à *Cannabis*, bem como, em apertada síntese explicar sobre a “guerra às drogas” empreendida pelo Estado.

Longe de esgotar o tema, até porque tal empreitada demandaria um artigo inteiro dedicado a isso e já existem obras que o fazem de maneira exemplar⁴, o que se pretende neste resumo é entender por que a já citada “guerra às drogas” pode afetar diretamente o direito à saúde desses pacientes.

A utilização da *Cannabis* é milenar e pode ser reconhecida na primeira obra sobre farmacologia conhecida no mundo, seja para a produção de fibras têxteis, seja como alimento, na China, sendo posteriormente

3 Esse artigo utiliza a palavra “paciente” de duas formas. A primeira é paciente em minúscula, que é o sujeito que necessita de determinado tratamento terapêutico. A segunda é Paciente escrita em maiúscula refere-se a forma como é tratado juridicamente o sujeito que está sofrendo uma coação ilegal ou está em vias de sofrer essa coação ilegal.

4 Cf. VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 4 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

abandonada, devido a influências cristãs. No Nepal, suas sementes são até hoje utilizadas como óleo de cozinha (ZUARDI, 2006).

Realizando um salto temporal, existem registros de médicos europeus que utilizavam sementes de *Cannabis* em tratamentos homeopáticos, mas foram os trabalhos realizados por Willian B. O'Shaughnessy (médico irlandês) e o psiquiatra francês Jacques-Joseph Moreau que alçaram o estudo da *Cannabis* a um patamar diferenciado no Ocidente, principalmente quando se trata de oferecer tratamentos alternativos para alguns tipos de doenças. No século XX, sua utilização farmacológica foi diminuindo, visto a dificuldade de lidar com as amostras tão diversificadas, sendo que seu estudo no que tange ao conhecimento da estrutura química só foi conhecido em 1965 (ZUARDI, 2006).

Concomitante a isso, a *Cannabis* começou a ter a atenção das autoridades responsáveis pela repressão ao crime, principalmente após o fim da Lei Seca, em 1933. Isso porque uma intensa mobilização do Departamento Federal de Narcóticos (EUA) tinha como objetivo vedar a utilização de produtos e subprodutos derivados dessa planta, haja vista que após a lei seca o financiamento para esse órgão estatal diminuiu consideravelmente (Valois, 2021).

Soma-se a isso, o fato de que a criminalização da *Cannabis* tinha como principal destinatário, os imigrantes, o que em outros termos, pode ser considerada uma forma de mascarar o preconceito contra os “indesejáveis” (leia-se mexicanos e latinos) (Valois, 2021).

O modelo americano de tolerância zero, influenciou sobremaneira o Brasil, é isso pode ser aferido com a antiga Lei de Drogas (Lei n. 6.389/1976), que punia o usuário de substâncias entorpecentes com pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (anos) e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (Brasil, 1976).

Mas antes disso, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 1830, Seção Primeira Saúde Pública, Título 2º, Sobre a Venda de Gêneros e Remédio: “É proibida a venda e o uso do “Pito do Pango”, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia.” (Barros, Peres, 2011, p. 07).

Trata-se de uma expressão impregnada de racismo, na medida em que pune com menos rigor o vendedor, enquanto os escravos poderiam até mesmo serem presos.

Posteriormente, com o advento da Lei n. 11.343/2006, verifica-

se que se pune com menos severidade o agente que for pego portando drogas em desacordo com autorização legal e regulamentar (art. 28): “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” (Brasil, 2006).-

O dispositivo retro mencionado, atualmente é objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, com Repercussão Geral reconhecida (Tema 506), para discutir a tipicidade do porte de substâncias entorpecentes para o consumo pessoal e sua compatibilidade com o art. 5º, X, da CF (BRASIL, 2023d).

A partir desse recorte é possível considerar que a repressão às drogas (e no caso deste trabalho à *Cannabis*) está relacionada com a tratativa discriminatória, racista e xenofóbica do Estado contra aqueles que pretendem marginalizar.

A Constituição trouxe em seu bojo direitos e garantias fundamentais, que representam uma mudança de paradigma no tratamento desses sujeitos, conforme expressado por Lima (2021, p. 60):

No Brasil ainda se constata uma nítida tensão entre a proibição de determinadas substâncias e a Carta Magna de 1988, que define como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais e é conhecida como a “Constituição Cidadã”. Desde então, nosso ordenamento jurídico, que havia recém-saído de uma sangrenta ditadura militar, reconhece e protege de modo específico os direitos de pessoas negras, idosas, mulheres, indígenas, quilombolas, crianças e adolescentes. Nossa sistema jurídico passaria, ao menos de acordo com a intenção manifestada pelo legislador constituinte, a deixar de se concentrar em proibições e punições para assegurar direitos referentes à ordem social, à saúde, à cultura e a um meio ambiente sustentável.

Hodiernamente, não existe autorização legislativa para cultivo e produção de produtos à base de *Cannabis*, seja para uma pessoa física, associação ou sociedade empresária, em que pese a indicação contida no art. 2º, da Lei n. 11.343/2006 (Figueiredo *et al*, 2017).

Em razão disso, um conjunto de pessoas foram se unindo para fornecer o óleo para o tratamento de pessoas que não tivessem condições de arcar com o próprio tratamento, sem colocar em risco sua subsistência.

Nesse sentido, podemos citar a Associação Brasileira de Apoio Cannabis e Esperança (ABRACE), sediada na Paraíba e a CULTIVE – Associação de Cannabis e Saúde⁵, de São Paulo, são associações que

5 As associações canábicas têm um desenvolvimento bastante interessante nessa sistemática, de tal

obtiveram autorização judicial para produzir óleo que será utilizado para o tratamento médico de seus associados. Essa última teve o processo capitaneado por advogados da Rede Reforma (Lima, 2021).

Soma-se a isso o fato de que tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 399/2015, de autoria do Deputado Federal Fábio Mitidieri (PSD/SE), com objetivo de alterar o art. 2º, da Lei n. 11.343/2006, facilitando a utilização de medicamentos que possuam em fórmula *Cannabis sativa*, o projeto, em consulta recente no site da Câmara dos Deputados, está aguardando deliberação da Mesa (BRASIL, 2018).

Verifica-se pois, a importância deste estudo, haja vista o alcance da dignidade dos pacientes, por meio do acesso à saúde, o próximo tópico se dedica a estudar a forma como esse direito pode ser instrumentalizado.

3 “Um remédio heroico”? A impetração do habeas corpus e a garantia do direito constitucional à saúde

A utilização da *Cannabis* na medicina é objeto de investigação científica para diversas doenças como câncer, depressão, ansiedade, esclerose múltipla, fibromialgia, alzheimer, epilepsia e dores neuropáticas (Figueiredo, Otero, 2016)

Atualmente, a lei que proíbe o plantio, cultura, colheita e exploração de vegetais e substratos de drogas está em vigor desde 2006, e têm como base entre outros normativos a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O próprio normativo, já mencionado anteriormente, apresenta exceção à regra, na medida em que autoriza tal conduta nos casos de autorização legal e regulamentar ou nos casos de uso religioso e ritualístico (Brasil, 2006).

Em que pese essa proibição a discussão sobre uso terapêutico da *Cannabis* ganhou vulto em 2014, quando uma grande quantidade de óleo rico em *cannabidiol* (CBD) foi apreendido. O destinatário dessa encomenda era uma mulher que, durante muito tempo, e, de forma ilegal importava esse medicamento, que seria utilizado para o controle de crises epilépticas de sua filha de cinco anos que padecia de uma síndrome rara denominada de CDKL5 (Figueiredo, Otero, 2016).

Essa criança foi a primeira a conseguir autorização para importação deste medicamento dos Estados Unidos, que é vendido como suplemento

alimentar (Figueiredo, Otero, 2016).

Essa situação pode ser tida como o estopim para a discussão sobre a utilização de *Cannabis* medicinal no país, na medida em que as pessoas não só assumiram a utilização, como constituíram associações para o fornecimento para outras pacientes (Figueiredo, Otero, 2016).

Assim, diante da inexistência de regulamentação pelo poder público, ficou a cargo do Poder Judiciário a implementação desse direito, conforme narrado por Figueiredo e Otero (2016):

Com a intensificação desse movimento, o Poder Judiciário foi novamente provocado pela Justiça Federal da Paraíba, em sede de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, determinou à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que autorizasse a importação de extrato de *cannabis* rico em CBD para o uso de 16 pacientes de doenças neurológicas. Igualmente, a Justiça Federal de Minas Gerais determinou ao órgão que autorizasse a importação do medicamento *Sativex*, cuja composição possui como principal ativo o tetrahidrocanabinol (THC).

A discussão sobre a *Cannabis* também é uma discussão sobre as desigualdades sociais tão profundas que acometem a sociedade brasileira. Isso porque, os sujeitos com condições econômicas mais favoráveis conseguem adquirir o óleo.

No entanto, e por se constituir em um produto que tem posologia adequada a cada paciente, o valor do produto pode ser altíssimo e sujeito a variação do dólar, inviabilizando a continuidade do tratamento para muitas famílias.

Em um país em que 70% dos brasileiros ganham até dois salários-mínimos, segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio - PNAD - do IBGE - (Brasil, 2022), um medicamento que tem o custo aproximado de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) por ano (Pernambuco, 2023), tornando praticamente impossível esses sujeitos possam ter qualidade de vida.

As decisões acima mencionadas foram muito significativas, tanto é verdade que, a Anvisa publicou duas Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC), a número 3 e a número 17, em 2015, tornando o CBD uma substância de uso controlado, bem como definiu os procedimentos necessários para sua importação (Figueiredo, Otero, 2016).

Soma-se a isso o fato de que o Ministério Público Federal (MPF) teve um papel significativo ao requerer, por meio de uma Ação Civil Pública, a retirada do THC da lista de substâncias proscritas, em consequência disso, seria possível a manipulação de produtos ou medicamento à base

de *Cannabis*, incluindo-se aí sementes utilizadas para o cultivo terapêutico (Figueiredo, Otero, 2016).

Após decisões judiciais em Brasília, autorizando a importação de produtos derivados de *Cannabis*, assim como a pesquisa acerca dessa substância e a RDC n. 66/2016 da Anvisa, que trata a importação desses produtos como situação excepcional (Figueiredo, Otero, 2016).

Voltando à questão das disparidades econômicas existentes no país, verifica-se que para dar continuidade ao tratamento, os pacientes possuem como opção acessar o judiciário para obrigar o Estado a custear o medicamento, caso obtenha sucesso nessa empreitada, não há garantia de que seu medicamento será continuamente ofertado⁶.

A outra opção é recorrer ao cultivo e produção caseiros. Entretanto, novo entrave surge, uma vez que a já mencionada Lei n. 11.343/2006, possui dois dispositivos (art. 28 e 33) que podem sancionar o sujeito que busca unicamente alcançar a dignidade da pessoa humana, por meio de seu acesso à saúde.

Dante do cenário delineado temos um impasse: o paciente que decide cultivar e produzir seu próprio medicamento, teoricamente, viola no mínimo dois tipos penais (os já citados art. 28 e 33, da Lei n. 11.343/2006), na medida em que está incorrendo nos tipos penais? ou O paciente o faz para alcançar a continuidade do tratamento, alcança melhora ou ao menos um paliativo, o que se transmuta no princípio da dignidade humana e isso não pode ser considerado crime?

Significa dizer que estamos em um conflito (pelo menos aparente) dos direitos constitucionais à saúde e a salvaguarda da estrutura de persecução criminal e a proteção de bens jurídicos.

Dante disso, o Habeas Corpus preventivo surgiu como o instrumento jurídico mais adequado para buscar o acesso desses pacientes ao medicamento. Em termos processuais penais e, em apertada síntese, o Habeas Corpus, em latim “que tenhas o teu corpo” (Habeas Corpus, 2023), é um remédio constitucional, considerado um meio autônomo de impugnação que se presta a salvaguardar uma coação ilegal atual (Habeas

6 Tal questão inclusive já foi objeto de análise de um dos Habeas Corpus pleiteando o salvo-conduto, consoante explicitado pelo magistrado em sua decisão: “[...] Ações pelo rito ordinário e outros instrumentos de natureza cível podem até tratar dos desdobramentos administrativos da questão trazida a debate, mas isso não exclui o cabimento do habeas corpus para lidar com eventuais aspectos criminais da conduta almejada. Ademais, nem mesmo essas ferramentas cíveis – que, diferentemente do pedido analisado nestes autos, oneram sobremaneira o erário – têm se mostrado suficientemente eficazes para promover a tutela da saúde de indivíduos que necessitam de remédios extraídos da Cannabis sativa.” (MINAS GERAIS, 2023a).

Corpus liberatório) ou iminente (Habeas Corpus preventivo), sua base jurídica encontra no art. 5º, LXVIII, da CF e art. 647, do CPP.

Colocadas as premissas iniciais o Habeas Corpus preventivo, quando a ordem é concedida gera como consequências um salvo-conduto, isto é, uma autorização especial e excepcional que impede que o poder público efetue a prisão do Paciente salvaguardado pela impetração (Figueiredo *et al*, 2017)

No caso específico, o HC preventivo ao ser concedido impede a prisão ou apreensão, respectivamente do Paciente e dos produtos cultivados e produzidos, pelas autoridades coatoras, que podem ser os Delegados da Polícia Civil, da Polícia Federal e o Comandante da Polícia Militar (Figueiredo *et al*, 2017).

Para isso é necessário que o sujeito indique de forma prévia seu histórico médico, com a indicação dos tratamentos já realizados, bem como laudo elaborado por médico com o histórico indicando a ineficiência dos tratamentos convencionais e a prescrição médica, além de outros documentos para comprovar seu direito, uma vez que o Habeas Corpus é um remédio com cognição sumária. Significa dizer, no momento da impetração é obrigatória a juntada de documentação, visto que, não há fase de saneamento.

O que implica na possibilidade coação por parte das autoridades públicas é o fato de que o Paciente indica que no momento da impetração já se encontra desobedecendo a lei, haja vista, reconhecer estar cultivando, o que está diretamente relacionado com o fato de que o Habeas Corpus ser o remédio mais adequado, atualmente, para pleitear autorização para o tratamento desses pacientes⁷.

Dessa forma, quatro argumentos⁸ podem ser levantados para combater uma possível persecução penal contra os Pacientes: estado de necessidade, desobediência civil, ausência de dolo e ausência de tipicidade material.

O primeiro é o de estado de necessidade. Consoante disposto no art. 24, do Código Penal, considera-se estado de necessidade: “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas

7 Cf. BRASIL. Recurso em Habeas Corpus n. 147.169/SP. Ministro Sebastião Reis Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão, 14 jun. 2022.

8 O presente estudo traz os argumentos de forma exemplificativa, não sendo objeto desse estudo a análise profunda desses argumentos, mesmo porque cada caso é particular implicando a análise de determinados argumentos para buscar a concessão da ordem de Habeas Corpus.

circunstâncias, não era razoável exigir-se” (Brasil, 1984).

Segundo Martinelli e De Bem (2022, p. 754): “o estado de necessidade caracteriza-se por ser um conflito entre interesses legítimos, no qual um destes é salvo à custa do outro, em face da impossibilidade fática de que ambos subsistam.”.

Significa dizer que o sujeito que cultiva, o faz para salvaguardar direito à saúde do próprio ou de terceiro (como no caso de filhos), o que em caso de aceitação, constitui uma excludente de ilicitude, afastando a antijuridicidade da conduta.

O segundo argumento é considerado uma excludente supralegal de culpabilidade (Martinelli; De Bem, 2022), bem como um dever dos governados de se oporem às injustiças praticadas pelo Governo (Thoreau, 1997). Dessa forma, e considerando a questão econômica e social vindica na análise, os sujeitos ao desobedecerem às normas que criminalizam o cultivo para conseguir alcançar qualidade de vida, estarão isentos de pena, ante a ausência de culpabilidade na conduta.

Podemos ainda evocar a ausência de dolo na prática da conduta, o que tornaria o fato atípico. Isso porque, o dolo é a consciência e vontade de realizar a conduta criminosa (Abreu, 1976), visto que cultiva e produz óleo, com objetivo único de tratar sua saúde ou de alguém que depende dele.

Por fim, fala-se em ausência de tipicidade material. Em breve síntese, a tipicidade é considerada “o juízo que se faz da conduta do agente como primeiro passo para determinar se houve um crime” (Martinelli; De Bem, 2022, p. 570). Para criminalizar uma conduta é necessário que além da subsunção da conduta (ação ou omissão) ao tipo penal (tipicidade formal) é necessário que a conduta atinja significativamente o bem jurídico tutelado, tal situação se denomina tipicidade material (Busato, 2013). Dessa forma, a conduta do sujeito não afeta o bem jurídico tutelado pela Lei n. 11.343/2006, qual seja, a saúde pública.

A partir desses elementos, esse artigo estudo pretende nas próximas linhas estudar uma questão mais prática analisando a forma como a jurisdição têm sido prestadas nesses casos. Nesse sentido, o presente estudo fez a análise de 10 (dez) processos que tiveram o salvo-conduto concedido (em sentença ou em sede liminar) em 2023, com objetivo de verificar quais os elementos os diferenciam.

Insta salientar ainda, que o conteúdo extraído dos processos ora analisados tem fins exclusivamente acadêmicos e diante do teor de sigilo

entende-se a importância de preservar o sigilo das partes envolvidas, bem como outras informações que possam identificá-los, inclusive na forma de referenciá-los, de tal forma que os processos são identificados de 01 a 10. As informações foram organizadas na tabela abaixo:

Tabela 01. Análise de processos judiciais com deferimento de cultivo de *cannabis* para fins terapêuticos.

| Número do Processo | Estado de Jurisdição | Espécie da decisão |
|--------------------|----------------------|--|
| 01 | MG | Decisão liminar concedida |
| 02 | MG | Decisão liminar concedida |
| 03 | BA | Decisão liminar parcialmente concedida |
| 04 | BA | Decisão liminar parcialmente concedida |
| 05 | ES | Decisão liminar concedida |
| 06 | STJ | Agravo conhecido e provido |
| 07 | PE | Sentença concedendo a ordem |
| 08 | BA | Sentença concedendo a ordem |
| 09 | STJ | Decisão concedendo a ordem |
| 10 | STJ | Decisão liminar concedida |

Fonte: Elaborado pela autora.

Consoante indicado acima, foram analisados 10 (dez) processos, cuja explicitação está descrita a seguir. O Processo n. 01 teve a liminar deferida para expedir salvo-conduto para cultivar e transportar *cannabis* para seu tratamento, impedindo que as autoridades públicas aprendessem extratos ou plantas utilizadas em seu tratamento (Minas Gerais, 2023a).

A decisão exarada no Processo n. 02, indica que o sujeito teve uma melhora significativa de seu quadro clínico⁹ após o uso de óleo à base de CBD, conforme atestado em laudo médico. Diante desse quadro e de outros elementos apresentados nos autos, e no mesmo sentido que a decisão anterior, a liminar foi deferida para expedir salvo-conduto para cultivar e transportar *cannabis* para seu tratamento, impedindo que as autoridades

9 O presente artigo também não menciona as patologias que acometeram os Pacientes, para preservar o sigilo. O mesmo ocorrerá quando a decisão limitar o número de plantas, visto que a quantidade exata não será mencionada.

públicas aprendessem extratos ou plantas utilizadas em seu tratamento. A decisão ainda determinou ao Paciente a adoção de cautelas para evitar que terceiros tivessem acesso ao cultivo que foi autorizado (Minas Gerais, 2023b).

No Processo n. 03, o Paciente informa que possui autorização da Anvisa, mas que o custo para a importação do medicamento é elevado, o que o obrigou a iniciar um cultivo para extração do próprio medicamento, sendo um dos elementos que autorizam a concessão parcial da liminar em favor dos Pacientes, com a expedição de salvo-conduto para a importação de sementes de *Cannabis* com concentração de THC e CBD, bem como impedir que haja prisão em flagrante de produtos utilizados para fins exclusivamente terapêuticos (Bahia, 2023a).

No mesmo sentido que o processo anterior, o Paciente também aduziu o alto custo do medicamento, além de juntar relatório médico e laudo de engenheiro agrônomo indicando a quantidade de plantas necessárias para viabilizar seu tratamento. Tendo sido a liminar parcialmente deferida para expedição do salvo-conduto em favor do Paciente, para evitar que os órgãos de persecução penal apreenderem o produto do consumo terapêutico, bem como limitou a quantidade de plantas, enquanto estiver em tratamento (Bahia, 2023b).

No processo n. 05, o sujeito também argumenta a falta de condições para arcar com o custeio do medicamento, sendo a liminar deferida para evitar que os agentes de segurança impeçam a importação de sementes e o cultivo de *Cannabis*, com o fim medicinal, limitando a quantidade de plantas, devendo se submeter à fiscalização quando for necessário (Espírito Santo, 2023).

No Processo n. 06, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Recorrente antes de buscar tratamento à base de CBD, tentou todas as alternativas convencionais, mas nenhuma delas foi eficiente, assim o agravo conhecido e provido para conceder salvo-conduto ao Recorrente com objetivo de impedir a ocorrência de qualquer intervenção penal no que tange a produção para o uso medicinal (Brasil, 2023a).

No Processo n. 07, o Paciente também se vale do argumento econômico, indicando que nem todas as pessoas que possuem prescrição médica terão condições financeiras para custear às suas expensas o medicamento, o que inviabiliza o exercício do direito à saúde para uma parte da população (Pernambuco, 2023).

A ordem foi concedida, com expedição de salvo-conduto,

documento personalíssimo e intransferível, com objetivo de evitar a apreensão de qualquer produto utilizado no tratamento médico do Paciente, devendo se submeter a possíveis fiscalizações que o poder público decidir realizar. A decisão determina ainda que passivo desse processo deve ter destino lícito. Ademais o Paciente deve elaborar relatórios sobre a produção do medicamento (Pernambuco, 2023).

O alto custo aliado aos laudos médicos comprovando a necessidade de utilização de produtos à base de cannabidiol, bem como laudo de engenheiro agrônomo com a indicação da quantidade de plantas, permitiram que uma sentença fosse exarada no Processo n. 08, concedendo a ordem para evitar que os órgãos de persecução penal se abstendam de realizar ações que possam impedir o cultivo do medicamento do Paciente, com a limitação da quantidade de plantas (Bahia, 2023c).

A Paciente relata no Processo n. 09, que após autorização da Anvisa, tentou fazer o tratamento importando o medicamento, mas devido ao alto custo teve que paralisar o tratamento, o que fez com que também recorresse ao cultivo, inclusive participando de curso com esse objetivo. A ordem foi concedida para evitar que ações que impeçam o cultivo, enquanto durar o tratamento, limitando a quantidade de plantas, e devendo a autorização médica ser atualizada periodicamente (Brasil, 2023b).

Por fim, o último processo (Processo n. 10) analisado buscou a tutela jurisdicional no STJ, na medida em que seu pedido inicial estava a tramitar no tribunal de origem por mais de quatro meses sem respostas, violando preceitos do processo civil. Aliado a isso, novamente o alto custo do medicamento fizeram a Paciente a recorrer ao cultivo e produção do próprio medicamento (Brasil, 2023c).

Diante dessa narrativa, o STJ, concedeu a liminar, com objetivo de impedir a persecução, no que tange ao cultivo e produção de medicamentos, limitando a quantidade de mudas, para o uso exclusivo do Paciente (Brasil, 2023c).

A análise desses processos tem como ponto em comum, aquilo que já foi anteriormente mencionado, o relato sobre o alto custo da medicação, que inviabilizaria a continuidade de qualquer tratamento, o que impacta diretamente na igualdade de tratamento conferida pela Constituição, no art. 5º, caput ao acesso à saúde.

Conforme apresentado por Mendes e Gonet (2020, p. 140), “Os direitos e garantias fundamentais, [...], são, pois pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da

dignidade humana.”.

Garantir ao acesso à saúde, de forma preventiva ou curativa, deve ser um postulado aplicado a qualquer ser humano que necessite de cuidados terapêuticos, e, quando pessoas com mais recursos podem importar sua própria medicação, enquanto outros correm o risco de serem presos, processados e terem sua produção apreendida e descartada, definitivamente não se garantia a igualdade e muito menos a dignidade humana.

Outro ponto destacável que advém desses processos é o fato de que as decisões apesar de afirmarem que o salvo-conduto, têm como objetivo evitar que os órgãos de persecução penal prendam o sujeito ou apreendam o material, verifica-se que em algumas decisões indicam de forma expressa a possibilidade de fiscalização por parte do poder público.

Temos ainda uma decisão que é até mais detalhista indicando a necessidade de encaminhamento ao poder público de relatório sobre a produção de *Cannabis*, o local para o descarte dos produtos sem utilidade, bem como a renovação de licenças de saúde.

Destaca-se aqui, que o Estado tem o direito de fiscalizar essa produção artesanal e, eventualmente processar e punir os sujeitos que desviam da finalidade imposta na decisão judicial, no entanto, a questão ainda é nebulosa e a falta de regulamentação adequada pode gerar prejuízos aos Pacientes.

Tem-se ainda a limitação da quantidade de plantas. Inclusive, destaca-se somente à título de argumentação¹⁰, o fato de a decisão recente do Ministro Alexandre de Moraes no RE n. 635.659/SP, ao limitar o porte de drogas para consumo pessoal de 06 (seis) plantas fêmeas¹¹ poderá gerar um impacto nas decisões que objetivem a concessão de salvo-conduto para o cultivo e produção de óleo à base de CDB ou THC.

Todas essas questões estão descritas na conclusão tomada por Figueiredo e Otero (2016):

10 O presente trabalho não tem o objetivo de esgotar o estudo do RE n. 635.659/SP, visto que o julgamento ainda não foi encerrado e essa limitação foi apresentada em decisão no dia 24/08/2023.

11 Conforme se extraí da movimentação processual do STF: “Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de constitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia” (Brasil, 2023d).

Assim, a falta de regulamentação do cultivo de cannabis e da produção artesanal de medicamentos e produtos com finalidade terapêutica, restringe o acesso democratizado às terapias com a planta medicinal e expõe pessoas ao risco de sofrerem consequências penais. Entre a criminalidade – em razão de interpretação equivocada do Poder Público – e a constitucionalidade – de condutas protegidas constitucionalmente – estão o cultivo e a produção artesanal, que devem ser contemplados na regulamentação do uso medicinal de cannabis no Brasil.

Dessa forma, o impasse descrito páginas acima, como um conflito, revela-se inexistente. Seja porque inexiste dolo na prática do art. 28 ou 33, da Lei n. 11.343/2006, seja porque ausente a tipicidade material da conduta, ou até mesmo porque a norma descrita no art. 28 é inconstitucional.

O acesso à saúde é direito fundamental e um dos consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Impedir o acesso à saúde de pessoas que já realizaram uma verdadeira “vigília” em busca de tratamentos convencionais que não foram eficientes ou que apresentaram uma enormidade de efeitos adversos e encontraram no óleo de *Cannabis* a cura ou alívio de seus males é violar direitos e garantias fundamentais desses pacientes. Dessa forma o Habeas Corpus é um “remédio heroico”, na medida em que instrumentaliza o acesso à saúde desses pacientes.

Soma-se a isso, o fato que a sociedade foi sobrecregada com desinformação durante anos, sobre a associação da *Cannabis* a uma série de narrativas negativas. A discussão sobre esse tema em vários espaços da sociedade é outro fator significativo para criar um contingente de pessoas informadas sobre essas terapias.

Em 1995, o Planet Hemp, lançou a música “Não Compre, Plante!” (PEIXOTO, LOPES, 1995, grifos nossos): “[...] Hoje eu vejo meus amigos de infância e penso/ Os que não estão na prisão, tão dentro de um caixão/Então saiba, meu irmão, porque não legalizam não/Eles precisam que alguns de nós virem ladrões/[...] Como conseguir então? Não compre, plante!”

A ideia dos cantores pode ser aplicada nesse introito, na medida em que criminalizar o uso terapêutico da *Cannabis* é uma forma de rejeitar aqueles que a sociedade considerada marginais, comprar não é uma alternativa para uma parte da população, por isso a alternativa é plantar, ou seja, cultivar e produzir seu próprio medicamento.

4 Considerações finais

1. A utilização dos produtos derivados da *Cannabis* remonta a tempos antigos e com uma diversidade de usos, desde produtos têxteis, passando alimentos, até o uso terapêutico.
2. Nesse sentido, despontam estudos que indicam o potencial medicinal para o tratamento de diversas doenças, algumas inclusive com estudo em avançado estágio de desenvolvimento.
3. Verifica-se que, alguns pacientes descobrem o uso terapêutico da *Cannabis*, após uma série de tratamentos denominados convencionais.
4. O Brasil, sempre teve uma política proibicionista, que foi se intensificando devido à influência da política norte-americana de combate às drogas, o que tornou difícil o acesso e discussão sobre o tema, haja vista a redução da discussão à necessidade de vencer a “guerra às drogas”.
5. Assim, após algumas vitórias no campo jurisdicional, um cenário se avizinha no horizonte e está ligado a questões econômicas. Após RDC da Anvisa, alterando o status do CBD e autorizando sua importação.
6. Os sujeitos que possuem condições financeiras, acabam conseguindo obter o medicamento e iniciam seu tratamento.
7. Não assiste a mesma sorte, os sujeitos que não possuem essas condições financeiras, ficam à espera de dotação orçamentária (quando têm deferido em ação própria o custeio da medicação), a outra opção é o cultivo que pode levar o sujeito a ser preso e ter sua medicação apreendida.
8. No entanto, quando o sujeito necessita de cultivar seu medicamento, aliados a outros elementos levados à apreciação judicial, que conferem ao sujeito um salvo-conduto, visto que sua conduta pode ser considerada excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.
9. Tratar essa questão de forma diferente é considerar os sujeitos de forma diferentes, o que não é uma forma de diferenciação razoável, violando o acesso à saúde, bem como o direito à igualdade e como consequência a dignidade da pessoa humana.
10. Todo esse movimento decorre da omissão dos órgãos em regulamentar de forma efetiva o cultivo e a produção de produtos à base de CBD e THC, o que faz com que o judiciário seja diuturnamente instado a se manifestar para garantir a dignidade desses pacientes.

Referências

- ABREU, Iduna Weinert. A teoria finalista de Hans Welzel. **Revista de informação legislativa**. Brasília, jun.-set., 1976, p. 179-198.
- BAHIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Seção Judiciária da Bahia). Processo n. 03. Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão Liminar, 24 mai. 2023a.
- BAHIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Seção Judiciária da Bahia). Processo n. 04. Juiz Federal Fábio Roque da Silva Araújo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão Liminar, 18 jul. 2023b.
- BAHIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Seção Judiciária da Bahia). Processo n. 08. Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. **Pesquisa de Jurisprudência**, Sentença, 15 ago. 2023c.
- BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Revista Periferia**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2011, p. 01-20.
- BRASIL. Censo Demográfico 2022. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://basedosdados.org/dataset/b8e8bd62-4eb9-42f9-9ffa-b5cca093f58e?table=5645c1d7-9749-4b9a-b6d2-7f1b5d43038a>. Acesso em: 02 set. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.
- BRASIL. **Documentos sigilosos**: acesso e direito à informação. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Palácio do Planalto**, Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art78. Acesso em: 29 ago. 2023.
- BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Palácio do Planalto**, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei n. 399, de 23 de fevereiro de 2015. Altera o art. 2º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para viabilizar a comercialização de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta Cannabis sativa em sua formulação. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947642>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto. Brasília**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 06. Ministro Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão, 30 mai. 2023a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 09. Ministro Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão, 21 mar. 2023b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. 10. Ministro Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão, 24 mar. 2023c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 635.659/SP - São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, voto Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso?so=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 29 ago. 2023d.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Seção Judiciária do Espírito Santo). Processo n. 05. Juiz Federal Victor Yuri Ivanov dos Santos Farina. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisão Liminar, 03 fev. 2023.

FIGUEIREDO, Emílio Nabas; OTERO, Lorena. Entre a criminalidade

e a constitucionalidade: o cultivo e produção de cannabis para fins terapêuticos. **Boletim:** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [s.l], n. 286, p.22-23, set. 2016.

FIGUEIREDO, Emilio; POLICARPO, Frederico; VERRISSIMO, M. A. A fumaça do bom direito": demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro. Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas. **Revista Platô:** Drogas & Cultura, v. 1, n. 1, 2017.

HABEAS CORPUS. *In:* Dicionário de Latim. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicionariodelatim.com.br/busca.php?search=Habeas+Corpus>. Acesso em: 29 ago. 2023.

LIMA, Leonardo Moreira Campos. Drogas e sociedade: questionado a proibição e combatendo preconceito à luz do conhecimento científico. **Drogas: o que sabemos sobre?**. Bruno Garcia Simões Favaretto, Poliana Guerino Marson (Org.). Curitiba: Appris, 2021, p. 49-74.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal:** lições fundamentais (parte geral). 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 01. Juiz Lucas Carvalho Murad. **Pesquisa de Jurisprudência,** Decisão Liminar, 12 abr. 2023a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 02. Juiz Lucas Carvalho Murad. **Pesquisa de Jurisprudência,** Decisão Liminar, 25 abr. 2023b.

MONTEIRO, Ana Cláudia Lima; RAIMUNDO, Maria Paula Borsoi. MARTINS, Barbara Gerard. A questão do sigilo em pesquisa e a construção dos nomes fictícios. **Psicología, Conocimiento y Sociedad**, Montevideo, vol. 9, n. 2, 2019, p. 157-172.

PEIXOTO, Marcelo; LOPES, Rafael Crespo. **Não compre, plante!** Rio Janeiro: Sony Music Entertainment (Brasil) Industria e Com. Ltda, 1995. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pom5RXC6C9o>. Acesso em: 09 set. 2023.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5^a Região (Seção Judiciária de Pernambuco). Processo n. 07. Juiz Federal César Arthur Cavalcanti de Carvalho. **Pesquisa de Jurisprudência**, Sentença, 27 jan.

2023.

THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997. p. 5-56.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 4 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ZUARDI, Antonio Waldo. History of cannabis as a medicine: a review. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, 2006, 28 (2), p. 153-157.

O JURADO ABSOLVE O ACUSADO? UMA ANÁLISE DA PLENITUDE DE DEFESA CONTRAPOSTA À TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA DIANTE DA DECISÃO DA ADPF

779

*Neide Duarte
Polianna Braga Lima Werkema*

1 Introdução

O presente artigo visa analisar as perspectivas da decisão emblemática proferida pelo plenário do STF em que, de forma unânime, na ADPF 779, entederam os Ministros desta Suprema Corte pela constitucionalidade do uso da tese de legítima defesa da honra em qualquer fase processual e nos processos do tribunal do júri.

Ajuizada pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista) argumentou-se que o tema é relevante e que havia controvérsia em torno da interpretação dos artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal. Em fevereiro de 2021, em decisão monocrática e liminarmente, o relator da ADPF, o Ministro Dias Toffolli firmou o entendimento proibindo a utilização desta tese defensiva (ou qualquer argumento que induza à tese), direta ou indiretamente, nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Em agosto de 2023, por unanimidade entendeu-se pela constitucionalidade da tese.

2 O tribunal do júri e a plenitude de defesa

A instituição do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro é permeada por decisões democráticas, ou seja, o voto da maioria por pessoas do povo. Nesta, homens e mulheres sem formação jurídica julgam seus pares acusados de praticar crime doloso contra a vida como; homicídio, infanticídio, aborto e o auxílio, induzimento ou instigação

ao suicídio. O júri está disciplinado na Constituição Federal no capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais, pois segundo Fernando Capez (2023, p.1248) “sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.” A essência de se permitir o julgamento por pessoas sem formação jurídica esta no fato de que estes decidem de acordo com a sua intima convicção. E nestes termos, a Constituição Federal assegura ao acusado em processo desta competência a Plenitude de defesa. É que, considerando o fato de não se exigir a motivação da decisão, os jurados são instados a analisar toda e qualquer tese apresentada em plenário, jurídica ou não, seja ela de cunho religioso, moral ou cultural por exemplo. Fernando Capez (2023, p.1248) ensina que:

plenitude da defesa implica o exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc.

A plenitude de defesa implica na liberdade de argumentação que culmine em causas excludentes ou justificantes de ilicitude e consequente absolvição do acusado de praticar crime doloso contra a vida. E com o fito de amparar legalmente a plenitude de defesa em processos de competência do Tribunal do Júri que, em 2008 foi inserido no artigo 483 do Código de Processo Penal, o genérico inciso III que determina que o jurado deve ser indagado “se o acusado deve ser absolvido”, assim, sem justificativas, teses ou porquês. Decisão esta que pode ser fundada no senso de justiça do jurado que, inclusive advir de tese extralegal e desvinculada da prova, absolver o réu. Um poder sem limites, ocorre que em um Estado Democrático de Direito não pode haver espaço para um poder sem limites.

Dito isso, é possível perceber que o uso da tese da legítima defesa da honra para absolver acusados de praticar feminicídio não encontra amparo na Constituição Federal por inferiorizar a mulher e consistir em discriminação de gênero.

Foi com base neste entendimento que, ao enfrentar a análise na ADPF 779, o Ministro Dias Toffoli em seu relatório (2021, p.22) defendeu ser inaceitável aplicação da tese da legítima defesa da honra diante do

sublime direito à vida e a dignidade da pessoa humana, nestes termos:

Contudo, por todas as razões levantadas ao longo de minha exposição, penso ser inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da “legítima defesa da honra”.

A interpretação do Ministro Relator quanto à aplicação do artigo 483, III, § 2º do Código de Processo Penal está em conformidade com a Constituição Brasileira e resguarda a limitação ao poder estatal advinda da aplicação do quesito genérico que enreda a aplicação da tese da legítima defesa da honra.

3 Legítima defesa da honra como tese de defesa no tribunal do júri

Contextualizando esta temática, para melhor compreensão da decisão na ADPF 779 de inconstitucionalidade do uso da tese da legítima defesa da honra, é preciso compreender o que é legítima defesa e o que é honra. Segundo ensinamentos de Miguel Reali Júnior, (2023, p.1257) “A honra objetiva é a reputação ou a imagem da pessoa perante a sociedade.” A honra é um atributo que torna a pessoa merecedora de apreço. Está diretamente relacionada a imagem de alguém perante as demais pessoas relativamente a atributos morais, éticos, físicos, profissionais etc.

A legítima defesa é uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 e 25 do Código Penal. Torna lícita a conduta ilícita conduzindo a atipicidade do fato. Admite por exemplo a retirada da vida de alguém diante de uma agressão atual ou iminente.

A legítima defesa da honra é uma ideia que foi utilizada ao longo dos séculos para justificarem basicamente o feminicídio, homem que para defender a sua honra, tira a vida de sua mulher. Luiza Nagif Eluf (2002 p. 202) ao explicar a legítima defesa da honra menciona que;

sempre esteve claro que a legítima defesa da honra foi um artifício. Os advogados sabiam, perfeitamente, que lei nenhuma no Brasil falava nessa modalidade de legítima defesa, mas os jurados, leigos que são, não iriam decidir com base no texto expresso de lei. O homem que mata a companheira ou ex-companheira, alegando questões de “honra”, quer exercer, por meio da eliminação física, o ilimitado direito de posse que julga ter sobre a mulher e mostrar isso aos outros. Não é por acaso que a maioria dos homicidas passionais confessa o crime.

No ordenamento brasileiro foi inaugurada com as Ordenações Filipina, no Título XXXVIII do Livro V intitulada “Do que matou sua mulher, pôla achar em adultério” que vigorou até 1830. Foi substituído pelo Código Criminal do Império que continuou com a mesma cultura. Tratava o adultério como delito, porém sem autorização para tirar a vida daquele que cometeu o delito. Vigorou até o ano de 1890 com o advento do 1º Código Penal da República que continuou tipificando como crime o adultério culminando em penas distintas para homem e mulher.

O adultério da mulher atacava o bem jurídico que é a honra do homem, e para defender este bem jurídico, legitimava-se ao homem tirar a vida da sua mulher para defender a sua honra, e o inverso, a honra da mulher, isso não ocorria, pois a honra da mulher nos casos de adultério cometido pelo seu marido não era um bem jurídico a ser defendido. Esta ideia foi-se perpetuando no tempo mesmo com a entrada em vigor do atual Código Penal de 1940, em que tipificava-se ainda o adultério como crime a admissão da tese da legítima defesa da honra nos processos de competência do tribunal do júri. Ocorre que, a legítima defesa da honra não tem previsão no nosso ordenamento jurídico.

É evidente que “matar” não é meio necessário e muito menos meio adequado ou moderado para repelir a agressão contra a honra. Evidente que não há legítima defesa na medida em que não existem os elementos moderação e necessidade para proteger o bem jurídico que é a honra.

A despeito de a tese da legítima defesa da honra não encontrar amparo legal, na contemporaneidade, este o argumento se repetia coisificando a pessoa humana, que nestes casos é a mulher. Diante da aplicação de tese defensiva de lesa-humanidade se tornou necessário que um partido político brasileiro apresentasse ao Supremo Tribunal Federal arguição de descumprimento de preceito Fundamental.

Foi nesse sentido que o PDT (Partido Democrático Trabalhista) defendeu a necessidade de concordância prática do conteúdo da soberania dos veredictos do tribunal do júri com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como com a proibição constitucional de preconceitos e discriminações e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nas teses defensivas apresentadas no tribunal do júri, da qual, a legítima defesa da honra não se enquadra.

Um marco na necessidade de mudança de paradigma aconteceu na década de 70 com a morte da carioca Ângela Diniz pelas mãos do então namorado Doca Street. Após receber penalidade irrisória ante a adoção da

tese de legítima defesa da honra, o movimento feminista da época difundiu o slogan: “Quem ama não mata”.

Segundo Dinalva Menezes Carvalho, (2019), “em 1980, feministas do Rio de Janeiro criaram a Comissão da Violência Contra a Mulher exigindo que o tradicional argumento “defesa da honra” não fosse mais tolerado pelas mulheres e pela sociedade em geral, para justificar o assassinato de mulheres.”

A busca por proteção aos direitos inerentes da mulher à dignidade da pessoa humana ultrapassou fronteiras e no ano de 2000 chegou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A brasileira Maria da Penha apresentou denúncia no CIDH alegando a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência doméstica contra a mulher. Através do relatório número 54 de 2001 o CIDH salientou que a tese de legítima defesa da honra contribui para impunidade imperar:

Apesar de o Tribunal Supremo do Brasil ter revogado em 1991 a arcaica “defesa da honra” como justificação para o assassinato da esposa, muitos tribunais continuam a ser relutantes em processar e punir os autores da violência doméstica. Em algumas áreas do país, o uso da “defesa da honra” persiste e, em algumas áreas, a conduta da vítima continua a ser um ponto central no processo judicial de um delito sexual. Em vez de se centrarem na existência dos elementos jurídicos do delito, as práticas de alguns advogados defensores – toleradas por alguns tribunais – têm o efeito de requerer que a mulher demonstre a santidade de sua reputação e sua inculpabilidade moral a fim de poder utilizar os meios judiciais legais à sua disposição. As iniciativas tomadas tanto pelo setor público como pelo setor privado para fazer frente à violência contra a mulher começaram a combater o silêncio que tradicionalmente a tem ocultado, mas ainda têm de superar as barreiras sociais, jurídicas e de outra natureza que contribuem para a impunidade em que amiúde enlanguescem.

Por força de recomendação deste organismo internacional que foi criada a Lei Maria Da Penha, Lei 11.340 de 22 de setembro de 2006 com a finalidade de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal; da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979 (Decreto 4.377/2002); e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, de 1994 (Decreto 1.973/1996). Neste ano de 2023 completam-se 17 anos da promulgação da Lei Maria da Penha, marco histórico sobre a violência contra a mulher.

Infelizmente o alcance almejado não foi alcançado. Segundo o

Anuário de Segurança Pública de 2023, os feminicídios cresceram 6,1% em 2022, resultando em 1.437 mulheres mortas simplesmente por serem mulheres. Para este estudo, 3 hipóteses foram apresentadas para este aumento: desfinanciamento das políticas de proteção à mulher pelo Governo Federal nos últimos anos; impactos da pandemia de covid-19 nos serviços de acolhimento e proteção às mulheres; e o cenário de crescimento dos crimes de ódio.¹

Outro dado relevante foi apresentado pelo “Relatório: Mês Nacional do Júri 2022”, em que de 2016 a 2022, as sessões de Tribunal do Júri em processos de feminicídio apresentaram o maior percentual de condenação entre os tipos analisados, tendo sido condenados aproximadamente nove a cada dez réus julgados (85%), apresentando também o maior percentual de júris realizados, com 76% do total de sessões designadas.²

4 O julgamento da ADPF 779

Dentro deste contexto, com tantos anos que em março de 2021 foi necessário que o Supremo Tribunal Federal firmasse o entendimento, em sede liminar ainda na ADPF 779, que a tese da legítima defesa da honra utilizada nos tribunais do júri, sobretudo como tese defensiva de feminicídio, não poderia ser utilizada por contrariar princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

A questão foi levada à plenário no STF em agosto de 2023 e por decisão unânime na ADPF 779, o Pretório Excelso considerou inconstitucional a utilização desta tese defensiva, sobretudo nos crimes contra a vida e em sendo assim, confere interpretação conforme a Constituição Federal, o Código Penal e Código de Processo Penal para que seja excluída a possibilidade de se invocar esta tese como argumento defensivo, nestes termos:

O Tribunal, por unanimidade, julgou integralmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: (i) firmar o entendimento de que a tese

-
- 1 BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; LAGRECA, Amanda; SOBRAL, Isabela; BARROS, Betina; BRANDÃO, Juliana. O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em:21/08/2023.
 - 2 Conselho Nacional de Justiça (CNJ).Relatório mês nacional do júri 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. Acesso em: 21/08/2023.

da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade, na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese com esta finalidade. Por fim, julgou procedente também o pedido sucessivo apresentado pelo requerente, de forma a conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra. Tudo nos termos do voto reajustado do Relator. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.8.2023.

Sobre todo o contexto, questão que pode ainda assim suscitar dúvidas e controvérsias referente ao da ADPF 779, refere-se ao fato que se estabeleceu a inadmissibilidade da utilização, ainda que “indireta” da tese da legítima defesa da honra em qualquer fase do processo. Como aferir se houve ou não a utilização indireta pelas partes no decorrer do processo (que o crime foi motivado por ciúmes por exemplo)? Como aferir se a tese foi utilizada direta ou indiretamente? Certo é que, o que deve ser impedido vai além de conjecturas. Deve ser impedido que a circunstância fática seja levada como justificativa para a prática do feminicídio.

Nesse julgamento, um ponto questionado foi o uso desta tese para permitir a absolvição do acusado por quesito genérico, fundada na clemência, nos termos do art. 483, § 2º do Código de Processo Penal, fato que, o Ministro Relator reajustou o seu voto para estabelecer que, casos de feminicídio, o citado artigo não impede a interposição de recurso de apelação contra a absolvição por clemência (questão contemplada pelo Ministro Fachin e pelo Ministro Barroso, o que foi reconsiderado pelo Ministro Relator Dias Toffoli em que reajustou seu voto no relatório final).

Assim, se a defesa alegar a tese da legítima defesa da honra em qualquer fase do processo, inclusive nos processos de competência do tribunal do júri, e sendo o processo julgado, este julgamento é nulo.

Todavia, nos casos de feminicídio em que as partes nem sequer mencione a tese da legítima defesa da honra, mas pela narrativa da defesa, possa se presumir que os jurados absolveram o acusado em decorrência desta tese, visto que a materialidade está comprovada, a autoria e a tipicidade também, e não há excludente de ilicitude ou culpabilidade e como falado, ainda assim, o acusado é absolvido é admissível a interposição do recurso.

Outra questão controvertida sobre o tema refere-se se este entendimento viola a plenitude de defesa. Cediço que uma das características principais do tribunal do júri é a utilização da plenitude de defesa o que permite invocar argumentos meta jurídicos. A questão é se valerá a partir de então limites para a plenitude de defesa. Neste ponto, entendemos que a plenitude da defesa não perderá a sua amplitude, porém para sua adequada utilização de fato, apenas o uso de teses amparadas pelo primado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Representativos foram os votos das Ministras Cármem Lúcia e Rosa Weber, esta como Presidente do órgão, únicas mulheres a comporem o quadro dos 11 ministros do STF.

Na sessão de julgamento, ao se manifestar sobre o seu voto, a Ministra Cármem Lúcia declarou que “essa tese chamada legítima defesa da honra é mais que uma questão de jurídica, é uma questão de humanidade. Nós mulheres continuamos a ser tratadas como coisa, e esta tese tanto que foi usada chegou a esta corte. Porque continuamos a aceitar culturalmente a possibilidade de a sociedade aceitar a chamada legítima defesa da honra.” E continuou:

Na pandemia, a violência contra a mulher aumentou insanamente de uma sociedade doente que trata, nós mulheres, a todo momento tendo que provar que não somos parecidas com humanos, somos igualmente humanos. Mais que uma questão de constitucionalidade, que tem na base exatamente a dignidade humana, como foi sustentado como fundamento dos votos exarados, mas estamos falando de dignidade humana no sentido próprio, subjetivo e concreto de uma sociedade que ainda hoje é machista, sexista, misógina, que mata mulheres apenas porque elas querem ser o que elas são, mulheres, donas de sua vida.

A Ministra Rosa Weber, presidindo a sessão plenária ocorrida em 01/08/2023 declarou o seu voto elucidando a obra de Jorge Amado, Gabriela Cravo e Canela em que, na temática envolvendo a defesa da honra do marido traído o escritor baiano auxilia na contextualização da problemática, que, em suas palavras “citando Dworking, a literatura colabora com o Direito na compreensão do seu universo.”

Ainda em seu voto, ela esclarece

A teoria da legítima defesa da honra não passa de um odioso instrumento retórico, desprovido de amparo legal e destinado à perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil. A legítima defesa da honra traduz expressão de valores de uma sociedade patriarcal, arcaica e autoritária. É preciso enfatizar, cuja cultura do preconceito e da intolerância contra as mulheres sucumbiu no tempo a superioridade ética e moral dos princípios humanitários da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Simplesmente não há espaço no contexto de uma sociedade democrática, livre, justa e solidária, fundada no primado da dignidade da pessoa humana para restauração dos costumes medievais e desumanos do passado, pelos quais tantas mulheres foram vítimas da violência e do abuso em defesa da ideologia patriarcal. [...] Por meio deste odioso discurso de justificação, a mulher, vítima do feminicídio, sofre sucessivas violências, primeiro contra o seu corpo físico, colocando em fim a sua vida, em seguida com o assassinato de sua reputação e ultraje à sua memória, reduzida a sua história pessoal ao estigma da mulher indecente e traidora, como se toda a sua existência somente se justificasse em razão de seus compromissos matrimoniais ou amorosos.

4 Conclusão

Esta decisão célebre do Pretório Excelso traz um alento para o controle de argumentos sexistas, misóginos e discriminatórios contra as mulheres, utilizados ainda que de forma sutil na seara jurídica, porém mais ainda está longe em resolver o contexto histórico dos crimes de feminicídio. Cabe atuação da comunidade com o um todo, não só da comunidade jurídica, de magistrados, membros do Ministério Público e advogados para rechaçar teses como a legítima defesa da honra. É uma caminha longa, e passos estão, de fato, sendo dados.

Referências

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. STF, ADPF 779, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01 agosto 2023.

BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; LAGRECA, Amanda; SOBRAL, Isabela; BARROS, Betina; BRANDÃO, Juliana. O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro**

de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em:21/08/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório mês nacional do júri 2022 / **Conselho Nacional de Justiça**. – Brasília: CNJ, 2023. Acesso em: 21/08/2023.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro o Mizael Bispo de Souza / LuizaNagibEluf. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

JÚNIOR, M. R.; JÚNIOR, M. R. **Código Penal comentado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

JR., A. L. **Fundamentos do Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

TAVARES. Diana Menezes.<https://catarinas.info/quem-ama-nao-mata-40-anos-de-luta/>

OEA- <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> consulta em 01 e 07 de setembro de 2023.

Capítulo 19

HORIZONTALIDADE E A EFICÁCIA PLENA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Diego Henrique Pereira Praça¹
Lucas Martins de Araujo Campos Linhares²*

1 Introdução

O presente estudo tem o objetivo de analisar os direitos fundamentais e suas eficácia nos planos vertical e horizontal, bem como nos aspectos das eficácia plena, contida e limitada. Dessa feita, para o desenvolvimento da referida análise, faz-se necessário conceituar e contextualizar de forma histórica os direitos fundamentais, bem como citar algumas características e gerações, bem como a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo adiante, o trabalho apresentará uma análise do plano das eficácia normativas, especificamente a plena, contida e limitada, todas direcionadas a vertente dos direitos fundamentais, analisando a forma de aplicabilidade dessas eficácia no meio social e sua previsão normativa.

Dessa feita, o próximo passo será o discurso quanto a divisão em dois grupos dos direitos fundamentais, isto conforme as suas funções, sendo um grupo voltando para os direitos de defesa e outro grupo composto pelos direitos a prestação, ambos desenvolvidos e devidamente destrinchados ao longo do capítulo.

Ato seguinte, se perfaz no estudo dos planos vertical e horizontal

- 1 Advogado. Doutorando em Bioinformática pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Pós-graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: diegopereirapraca@hotmail.com. Link para currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5341496530182368>.
- 2 Integrante da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Política Pública, Globalização e Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Grupo de Pesquisa MAPPS – Meio Ambiente, Políticas Públicas e Socioeconomia Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenador e Co-autor do Livro Direito Civil Aplicado: Reflexões, Críticas e Desafios. Co-autor do Livro Direito em Análise. E-mail: lmaraujocl@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7009094689218894>.

frente aos direitos fundamentais, isto é, como ocorre a vinculação dos direitos fundamentais ao Poder Público no que tange ao plano vertical e, noutro sentido, como se dá a vinculação a respeito dos particulares no plano horizontal.

Ressalta-se a importância do presente artigo, tendo em vista a essência dos direitos fundamentais, uma vez que é por meio destes, que as bases normativas e social do ser humano são garantidas. Ora, são nesses direitos que se encontra a garantia do direito à vida, liberdades, igualdades, propriedade, direitos sociais como educação, saúde, trabalho, dentre outros direitos capazes de assegurar a sobrevivência humana.

Tal importância vai além da vida em sociedade, ela se destina também ao ordenamento jurídico e os órgãos que compõem o Estado Democrático de Direito, como o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, uma vez que não são permitidas a aprovação e aplicação de normas contrárias e violadoras dos direitos fundamentais.

Dessa forma, considerando a importância dos direitos fundamentais, entende-se como necessário o aprofundamento no estudo de sua aplicabilidade plena, contida ou limitada e eficácia vertical e horizontal, bem como da análise de como ocorre a vinculação com o Poder Público e com os particulares,

Para este fim, foi utilizada uma metodologia analítica exploratória e uma abordagem qualitativa sobre o que será exposto, com pesquisas bibliográficas.

2 Direitos fundamentais

A pretensão de discorrer sobre os Direitos Fundamentais, necessariamente, deve perpassar pelo contexto histórico e de evolução social, uma vez que se tratam de conquistas sociais inovadoras. Ademais, a contextualização do tema se faz necessária para que se possa compreender como se desenvolveram as gerações de Direitos Fundamentais e a sua aplicabilidade social principalmente no que se relaciona as eficáncias vertical e horizontal.

Em contraponto as arbitrariedades perpetradas pelo regime absolutista na Europa, surge o movimento iluminista que buscava limitar os poderes monárquicos e garantir as liberdades individuais. Nas lições de Jeanne Almeida Bezerra (2018), após a guerra civil e a Revolução Gloriosa (1642-1688) houve uma reorganização político-social na Inglaterra

que minimizou os poderes monárquicos e aumentou a interferência do parlamento nas decisões sociais culminando na publicação do Bill Of Rights ou Carta de Direitos Inglesa de 1689. O referido documento impôs a submissão do monarca perante o Parlamento Inglês e, dentre outros direitos, dispôs sobre à liberdade, o direito a vida e a propriedade privada. Entretanto, a aplicabilidade das disposições aos cidadãos era reflexa, pois a pretensão do Legislativo Inglês era de garantir a sua supremacia perante o monarca e não proclamar diretos fundamentais dos cidadãos ingleses.

Segundo leciona Virgílio Afonso da Silva (2005), os direitos declarados pretendiam meramente privilegiar o Parlamento. A previsão de direitos aplicáveis aos cidadãos não contemplava a amplitude atual dos Direitos Fundamentais, visto que não vinculava todos os Poderes estatais. Sendo assim, o documento, apesar de ser uma ideia incipiente, por não sujeitar a integralidade dos Poderes estatais a suas determinações não constituía uma verdadeira declaração de direitos.

A primeira declaração a efetivamente afirmar direitos fundamentais inalienáveis e irrenunciáveis sem a premissa de manutenção de uma sociedade estamental foi a Declaração de Direitos da Virginia de 1776 e, posteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos no mesmo ano. A precedência norte americana tem como fundamento o modelo de colonização do território e a inexistência de um regime absolutista combatido por meio de revolução, portanto, trata-se de uma declaração de direitos inatos ao ser humano e que já eram, em grande parte, garantidos pela sociedade não estamental. Alguns anos depois, ainda sob influência do pensamento filosófico iluminista, na França, é iniciada a revolução social de 1789 que possuía como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade, culminando na queda do absolutismo e na publicação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SILVA, 2005).

Nesse contexto, surgem os direitos de primeira geração que pretendem impor ao Estado abstenções e garantir as liberdades individuais e políticas.

Com o advento da Revolução Industrial (1760-1850) há a substituição da produção artesanal pela industrial o que contribuiu para o crescimento exponencial da economia. Contudo, o desenvolvimento econômico escancarou a desigualdade social e a exploração da mão de obra proletária, fazendo surgir movimentos sociais que buscavam salvaguardar direitos sociais mínimos.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), as mazelas

sociais advindas do conflito se evidenciaram e se passou a exigir uma maior intervenção do Estado para garantia de direitos sociais mediante prestações positivas. Por sua vez, em meados de 1960 surgem os direitos fundamentais de terceira geração que compreendem a preocupação social com os bens difusos e coletivos, sendo uma preocupação internacional o desenvolvimento sustentável da geração presente e das futuras (JUNIOR, 2012).

A doutrina ainda dispõe sobre a existência de direitos de quarta e quinta gerações. Nas lições da Eminentíssima Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon Alves (2002) a globalização e o rápido desenvolvimento científico e tecnológico deram início a quarta geração de direitos fundamentais que compreendem o direito à democracia, informação e buscam regulamentar por meio de preceitos éticos os avanços da biotecnologia. Já os direitos fundamentais de quinta geração, nas lições de Paulo Bonavides (2008), correspondem ao direito à paz que por assumir extrema relevância no contexto internacional exige seu destaque da terceira geração de direitos.

Nesse contexto, desenvolvem-se os direitos fundamentais que inicialmente foram criados para atuar nas relações entre os cidadãos e o Estado. Todavia, com o seu desenvolvimento, passou-se a prescrever sobre a aplicabilidade e eficácia desses direitos nas relações entre particulares.

3 O Plano das Eficácia Normativas

A eficácia pode ser vista de variados pontos de vista, contudo na visão de José Afonso da Silva (2005), existem dois aspectos a serem analisados, sendo o primeiro aquele que trata sobre a eficácia social da norma jurídica, isto é, versa sobre a sua aplicação no mundo real, dos fatos e, no que tange o segundo aspecto, este analisaria a eficácia jurídica, ou seja, a capacidade de uma norma produzir efeitos ao tempo da regularização de situações positivadas em lei.

Significa então dizer que eficácia jurídica é a capacidade de uma norma de produzir efeitos no seio jurídico, revogando normas anteriores, bem como impedindo que outras normas sejam introduzidas no ordenamento jurídico gerando conflito normativo. Por outro lado, a eficácia social é o efeito que a norma produzirá na sociedade, podendo ter aderência no meio social ou ser outrossim rechaçada.

Pode-se dizer que a Constituição Federal prevê a aplicabilidade

imediata de suas normas, porém tal previsibilidade não se mostra suficiente para resolver eventuais problemas, tendo em vista que por diversas vezes observa-se a necessária regulamentação de algumas normas para que seja possível a aplicação de outras normas já previstas e definidoras de direitos. Desta forma, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais e democráticos têm eficácia contida e aplicabilidade imediata, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 180).

Antes de adentrar à horizontalidade e à verticalidade propriamente ditas das normas e principalmente dos Direitos Fundamentais, cabe explanar a respeito de um seleto grupo de eficácia constitucionais que pairam no ordenamento jurídico brasileiro, são elas as eficácia plena, contida e limitada, segundo José Afonso da Silva (2005). Não cabe aqui exaurir o tema sobre eficácia, mas sim nortear e contextualizar a ideia e algumas modalidades para que o objetivo do artigo seja alcançado, transparecendo o conteúdo e facilitando o entendimento do público alvo.

Passando então ao entendimento do que seria cada eficácia dessas, tem-se primeiramente a eficácia plena, segundo os dizeres de Pedro Lenza (2011, p. 199):

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese do art. 5º, § 3º). Como regra geral, criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas.

Tais normas constitucionais de eficácia plena são, portanto, normas que possuem aplicabilidade imediata, autoaplicáveis, produzindo efeitos no exato momento em que entram em vigor, sem sofrer restrições. Via de regra, essas normas são positivadas com o intuito de criar órgãos e atribuirem competência aos elementos da Federação, por exemplo, o artigo 132 da CF/88, dentre outros artigos do mesmo dispositivo constitucional, como o art. 1º, art. 2º, art. 14, art. 15, art. 44, art. 45 e art. 77.

Art. 132 - Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Indo mais adiante, de acordo com o entendimento de José Afonso da Silva (1998, p. 116), já no que tange a eficácia contida, esta se perfaz no seguinte:

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independentemente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites [...] que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorrem (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

Dessa feita, a norma de eficácia contida, ou também denominada redutível ou restringível, apresenta aplicabilidade imediata, da mesma forma que ocorre com as normas de eficácia plena, entretanto não são integrais, podendo sofrer redução quanto a sua aplicabilidade, restringindo o seu alcance por meio de norma infraconstitucional, por norma da própria Constituição, por motivo de ordem pública ou paz social.

Observa-se tal instituto na leitura do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, quando este dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (grifo nosso). Aqui é necessária a observação as normas e regras de qualificação profissional para que o exercício de determinado labor seja praticado adequadamente, sendo preenchidos os seus requisitos.

Já a norma de eficácia limitada, tem-se o entendimento de Pedro Lenza (2011, p. 202), que descreve o instituto como:

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata ou reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Portanto, a norma de eficácia limitada possui aplicabilidade mediata ou também chamada de indireta, tendo em vista que a mencionada norma precisa de uma outra legislação infraconstitucional que a integrará ou necessitará de uma emenda constitucional para produzir integralmente os seus efeitos, sendo assim uma norma de aplicabilidade diferida, indireta e mediata. Cita-se como exemplo o art. 18 [...] § 2º, CF/88 – “Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.” (grifo nosso)

Existe ainda uma subdivisão das normas constitucionais de eficácia limitada, tanto em normas de princípio institutivo ou organizado e normas

de princípio programático.

As normas de princípio institutivo (organizado) são as normas que promovem a estruturação de instituições, entidades e órgãos, como se observa no art. 25, § 3º da CF/88.

Art. 25 (I) §3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Noutro sentido, as normas de princípio programático são normas que determinam os procedimentos a serem adotados para a execução de programas estatais com propósitos sociais, por exemplo o art. 6º da CF/88, que dispõe da seguinte forma: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Pois bem, superados os tipos de eficácia descritos acima, volta-se o foco agora para o chamado horizontalidade e verticalidade da eficácia normativa, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, envolvendo nesse contexto tanto as relações entre particulares, quanto a relação destes com o Poder Público, além de demonstrar a aplicabilidade imediata e a eficácia plena frente a tais direitos fundamentais.

4 A eficácia dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais, neste capítulo, serão divididos em dois grupos, isto será feito para que, logo em seguida, possa ser melhor explanado sobre a eficácia dos referidos Direitos.

Pois bem, conforme Yasmine Coelho Kunrath (2016), é possível dividir os direitos fundamentais conforme as suas funções, sendo um grupo voltando para os direitos de defesa, estes então denominados como liberdade, igualdade, parcela dos direitos sociais, direitos políticos e as garantias e, noutro sentido, o segundo grupo seria composto pelos direitos a prestação, isto é, direitos à proteção, alguns direitos sociais, por ora de natureza prestacional, bem como os direitos de participação na organização.

Destrinchando essa ideia acima, os direitos de defesa são aqueles nos quais observa-se a necessidade da não intervenção Estatal, tratando-se, via de regra, como direitos subjetivos de aplicabilidade imediata. Já os

direitos prestacionais, tem-se o contrário, exigindo um comportamento ativo do Estado, vindo este a interferir na relação, o que dificultaria tal aplicabilidade imediata e, muitas vezes, impossibilitando a eficácia plena dos Direitos Fundamentais.

A eficácia vertical, segundo o entendimento de Renata Eliza F. B. Costa (2001, p. 44), diz respeito a vinculação com o Poder Público, trata-se então da eficácia vinculante das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que por suas vezes têm relações tratadas entre o Estado e os particulares.

Dessa feita, os Direitos Fundamentais têm eficácia vertical, ao ponto de vista que podem ser invocados em oposição ao Estado como direitos de defesa, isto frente ao arbítrio de decisão ou poder que, eventualmente, aquele possa exercer de maneira a extrapolar seus limites legais. Com base neste sentido que podemos afirmar que a eficácia vertical é a observância dos Direitos Fundamentais nas relações entre o Estado e o particular.

Portanto, entende-se por eficácia vertical dos direitos fundamentais, como uma ferramenta de aplicação de tais direitos de forma limitadora da atuação estatal, sendo que, na referida relação, o Estado encontra-se numa posição de superioridade para com o indivíduo. Ora, o objetivo aqui nada mais é que proteger as liberdades individuais, bem como restringir ou impedir a interferência estatal na vida privada dos cidadãos.

No mesmo sentido, com a evolução da sociedade, observou-se que haveria também uma desigualdade entre os particulares e entes privados em suas relações estabelecidas, o que, por ora, surgiram potenciais ofensas aos direitos fundamentais por parte daquele que detinha maior poder ao tempo da relação. Assim, surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é o que sustenta Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 36):

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares.

Pois bem, nesse passo, a Constituição preocupa-se em estabelecer uma construção de um direito privado mais social e direcionado aos atores sociais mais vulneráveis. Em tese, os particulares encontram-se em situação

de igualdade jurídica, uns para com os outros, contudo o próprio texto constitucional reconhece específicas distorções na sociedade, estas que podem condicionar o modo de aplicação dos direitos fundamentais, os violando.

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são conquistas históricas que visam proporcionar ao ser humano uma vida digna, deve-se primar pela máxima eficácia desses direitos. Portanto, principalmente em uma sociedade global e em constante transformação, há de se adotar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. A economia globalizada possibilitou o surgimento de grandes corporações que, por vezes, devido ao grande poder econômico, possuem a capacidade de ingerência direta nas decisões governamentais. Destarte, em uma sociedade que vive em constante risco, há a necessidade de atribuir na maior amplitude possível a eficácia dos direitos fundamentais.

Posto isso, a eficácia normativa vai depender de qual grupo de Direitos Fundamentais está sendo analisado, seja os direitos de defesa ou os prestacionais, ambos conforme já exposto anteriormente.

Os direitos de defesa, como já dito, dependem de uma abstenção da atuação do Estado e, via de regra, tais normas têm a aplicabilidade imediata e eficácia plena, tendo em vista que essas regras já receberam do Constituinte normatividade necessária para serem aplicadas aos casos concretos, não dependendo de norma complementar, sendo assim, normas autoexecutáveis (KUNRATH, 2016, p. 294).

Nesse viés, segundo Kunrath (2016, p. 295), o imediatismo e a maior eficácia dos referidos direitos fundamentais de defesa, devem também impor aos juízes e tribunais uma aplicabilidade imediata, com o objetivo de garantir o pleno exercício de tais direitos, conferindo-lhes a eficácia plena e efetividade social. Desta feita, é possível perceber a aplicabilidade imediata e a eficácia plena nos Direitos Fundamentais de Defesa, conforme artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Já os direitos prestacionais, dependem de uma atuação positiva do Estado para que possam produzir seus efeitos e, por este fato, há um impedimento para a aplicabilidade imediata e eficácia plena de tais direitos. (KUNRATH, 2016, p. 296).

Esses direitos, quais sejam, alguns sociais, econômicos e culturais, apresentam uma dimensão econômica, uma vez que necessitam da atuação estatal, havendo, dessa forma, custos. Assim surgem certos problemas, como a limitação de recursos do Estado, limitando por consequente a

efetividade dos direitos prestacionais, além da dificuldade enfrentada diante da necessidade de uma tomada de decisão pelo Poder Público para alcançar a eficácia desses direitos fundamentais, bem como há outra dificuldade em definir com exatidão qual o objeto da prestação.

Certo é que há uma limitação enfrentada pela sociedade para alcançar a eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prestacionais, uma vez que a postura do estado muitas das vezes se torna mais um empecilho que uma solução propriamente dita.

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, foi possível chegar à conclusão que os direitos fundamentais têm papel importante no ordenamento jurídico e na vida da sociedade, instituindo direitos basilares que devem assegurar a todos direitos essenciais, como direito à vida, liberdade, propriedade, direitos sociais, políticos, dentre outros direitos que sejam considerados indispensáveis a vida humana.

Tais direitos apresentam algumas características como a universalidade, esta que significa ser aplicáveis a todos; a inalienabilidade e indisponibilidade, dispendo que seus respectivos titulares não podem renunciá-los ou dispor deles; constitucionalidade, que os difere dos direitos humanos, pois apenas os fundamentais são positivados no ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais podem ser analisados quanto à sua eficácia, podendo ser vertical, quando for analisada sua vinculação frente ao Poder Público ou horizontal quando se analisa tal vinculação diante dos particulares, seja pessoa física ou jurídica.

Tamanha a importância que, para melhor desenvolver o estudo, constatou-se uma bipartição dos direitos fundamentais em dois grupos, os direitos de defesa e aqueles denominados prestacionais, sendo os direitos de defesa com aplicabilidade imediata e não dependem da intervenção do Estado, mas lado outro, os direitos prestacionais exigem intervenção estatal, o que dificulta sua aplicabilidade imediata e, usualmente impede a eficácia plena.

Portanto, os direitos de defesa, via de regra, têm a aplicabilidade imediata e eficácia plena, tendo em vista que essas regras já receberam do Constituinte normatividade necessária para serem aplicadas aos casos concretos. Já os direitos prestacionais, por dependerem de uma atuação

positiva do Estado para que possam produzir seus efeitos, encontram um impedimento para a aplicabilidade imediata e eficácia plena daqueles, criando uma limitação e empecilho para a sociedade, o que não deveria ocorrer.

Referências

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**, v. 4, n. 1, p. 41-61, dez. 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/320>. Acesso em 03 de ago. 2023.

BEZERRA, Jeanne Almeida. Carta de Direitos Inglesa (Bill Of Rights, 1689): Um Importante Documento na Constituição dos Direitos Humanos. **Boletim Conteúdo Jurídico**, n. 884 de 15/12/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52502/carta-de-direitos-inglesa-bill-of-rights-1689-um-importante-documento-na-constituicao-dos-direitos-humanos>. Acesso em 03 de ago. 2023.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

COSTA, Renata Eliza Fonseca de Barcelos. Os direitos fundamentais no plano da eficácia. Orientador: Clémerson Merlin Clève. 2001. 74f. **Monografia** (Graduação)- Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/38029/M081.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 jul. 2023

DUKE, Marcelo Schenk. O Significado da Expressão Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - JAN-ABR 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17584>. Acesso em 02 de ago. 2023.

JUNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais?. **Âmbito Jurídico**. 01 de mai. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em 03 de ago. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos

fundamentais nas relações de emprego. **Publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, jan.-jun. 2011, p. 36.

PEDRO, Lenza. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. revista atualizada e ampliada, Editora Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. B. **Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11331>. Acesso em 02 de ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A evolução dos Direitos Fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 6 (2005): 541-558. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Aceso em 02 de ago. 2023.

KUNRATH, Yasmine Coelho. Eficácia dos direitos fundamentais. **Saberes da Amazônia**, Porto Velho, v. 01, n. 02, p. 278-310, mai.-ago. Disponível em: <http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/28/23>. Acesso em 10 jul. 2023

Capítulo 20

HERANÇA DIGITAL: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ingrid Kety de Sales Castor¹

Maria Eduarda de Souza Silva²

1 Introdução

O atual código civil é uma “tradução jurídica” da possível trajetória de vida de um indivíduo. Seu início é marcado com o nascimento da personalidade e da capacidade civil, permeando direitos que decorrem da própria condição da pessoa, com base nos direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal.

A pessoa natural, ao longo de sua trajetória de vida, pode constituir empresas, celebrar negócios e adquirir bens, o que também está previsto na legislação civil que, logo após dispor sobre a constituição do indivíduo enquanto pessoa, dispõe sobre as pessoas jurídicas de direitos público e privado, os bens, os negócios e os atos jurídicos que a pessoa pode realizar ou se obrigar no decorrer de sua vida civil.

Mais adiante, o Código Civil também cuidou dos relacionamentos, afinal, o ser humano é, por si só, um ser relacional. E se assim não fosse, não haveria sociedade. Afinal, a primeira sociedade conhecida por um novo indivíduo ocorre em sua própria família. E as famílias e os direitos que dela decorrem também estão presentes no Código Civil.

O Código Civil vigente, que substituiu o antigo Código de 1916, portanto, é uma codificação da vivência de uma pessoa do início ao fim

1 Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas; Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo e Direito, Inovação e Tecnologia pela ESA/MG. Advogada e Professora na Rede Batista de Educação e no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Endereço eletrônico: ingrid.castor@yahoo.com.br

2 Graduanda do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Auxiliar Jurídico na Rede Batista de Educação. Endereço eletrônico: gblms2@gmail.com

de sua vida, nos “moldes” de uma sociedade, até então, considerada “desconectada”.

Entretanto, com o rápido avanço tecnológico, evidenciado nos últimos tempos, mudanças significativas ocorreram em toda população, bem como nas diversas relações interpessoais. Nesse cenário, o Direito se deparou com uma vivência humana ainda não “codificada” nos meios digitais.

Vale ressaltar que a Era Digital é uma realidade sem possibilidade de inexistência. Pessoas se relacionam, estudam, trabalham, adquirem bens e serviços, além de celebrarem negócios nos mais diversos segmentos e plataformas existentes na internet.

E, embora já existam algumas legislações que cuidam de algumas temáticas sobre o uso da internet (Marco Civil da Internet) e dos dados pessoais do indivíduo no curso de sua vida (como a LGPD), não há até o momento atual uma legislação específica que trate da “vida digital” após a morte.

Deste modo, em resposta à necessidade de uma sociedade cada vez mais tecnológica e hiperconectada, o Direito deve acompanhar essa realidade digital, e, sob o aspecto das sucessões, um dos principais desafios é a preservação dos direitos fundamentais tanto dos herdeiros quanto do próprio *de cuius*, frente ao armazenamento e vazamento de dados e informações em meios digitais, e, ainda acerca da partilha de bens constituídos nos meios virtuais, que estão se tornando cada vez mais frequentes nos tribunais, o que definimos como objeto deste artigo.

2 A herança digital como um direito fundamental

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, estabeleceu como um direito fundamental a garantia do direito de herança.

O princípio fundamental do Direito Sucessório, princípio de *saisine*, se consagra com a morte do indivíduo que é o momento que marca a abertura da sucessão com a transmissão da herança aos herdeiros do *de cuius*.

Neste sentido, Henrique Lana e Cinthia Ferreira esclarecem que:

Tal princípio demonstra-se de grande importância porquanto, na medida em que estabelece o momento do óbito como sendo o mesmo da abertura da sucessão, também será aquele que, salvo condições excepcionais de casos concretos, definirá com exatidão quem são os

herdeiros, quais os direitos e obrigações deixados, bem como o quê constituirá a herança da pessoa falecida - no que se poderá incluir, eventualmente, a própria herança digital deixada. (LANA, Henrique Avelino. FERREIRA, Cinthia Fernandes. IBDFAM, 2023).

A herança enquanto um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, portanto, garante aos herdeiros legítimos e testamentários a transmissão dos bens, sejam eles econômicos, físicos ou digitais observados os requisitos previstos no direito sucessório.

Embora não exista regulamentação na legislação infraconstitucional acerca dos novos bens digitais e da chamada herança digital, o texto constitucional já definiu como um direito fundamental o direito de herança que deve contemplar todas as suas formas a fim de não violar direitos do *de cuius* e de seus herdeiros.

3 Bens digitais e o direito das sucessões

O atual Código Civil, logo no início do capítulo, que dispõe sobre o direito das sucessões, precisamente em seu artigo 1.784, dispõe que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL, 2002)

Nesse contexto, a sucessão só acontece após o falecimento de um indivíduo que é o marco para a transmissão dos bens aos herdeiros, conforme o princípio de *saisine*. Herança, portanto, é o conjunto dos bens pertencentes a uma pessoa falecida, distribuído entre os herdeiros, conforme previsão legal.

Os chamados bens, sob a perspectiva da legislação vigente podem ser dos mais variados, do móvel ao imóvel, do material ao imaterial, dos tangíveis aos intangíveis. E neste sentido, embora o código civil não disponha expressamente sobre os novos bens digitais, alguns deles já estão resguardados pela Lei de Direitos Autorais que o antecede.

A referida legislação dispôs em seu artigo 7º “que as obras intelectuais expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte tangível ou não, conhecido ou que se invente no futuro são protegidas”. (BRASIL, 1998).

A própria lei de Direitos Autorais também tratou dos referidos direitos de forma póstuma em observância ao que determina o direito sucessório e também em respeito aos direitos fundamentais da pessoa falecida, visando assegurar mesmo após a morte do autor a integridade

de sua obra e oposição a quaisquer modificações ou atos que possam prejudicá-la ou atingir a reputação ou honra do autor.

Os chamados bens digitais ou virtuais, embora se apresentem como uma novidade no que se refere ao Direito das Sucessões, já possuíam previsão e proteção legal na Lei de Direitos Autorais como exemplo as produções intelectuais não físicas como textos e livros (e-books), músicas, voz e outras produções audiovisuais.

É possível afirmar então que, embora ainda inexista uma norma específica, a chamada herança digital refere-se conjunto de bens ou ativos que uma pessoa falecida construiu em ambiente virtual, como contas (perfis) em redes sociais, e-mails, arquivos hospedados em “nuvem”, fotos, vídeos, criptoativos (moedas virtuais), milhas aéreas, e outros dados online que possam ser considerados como patrimônio digital e, como consequência póstuma objeto de herança ou planejamento sucessório em vida.

A regulamentação do direito digital póstumo no Brasil é urgente, pois desempenhará um papel fundamental na gestão da herança digital e proteção dos direitos fundamentais do falecido e de seus herdeiros, uma vez que as pessoas armazenam dados, arquivos, informações e até “tesouros” no meio virtual, que, muitas vezes, ou são acessados de forma indevida ou ficam perdidos e abandonados, pois a família sequer toma ciência de tal patrimônio.

4 O digital e os direitos fundamentais após a morte

Nos últimos 20 anos, a sociedade brasileira após 86 (oitenta e seis) anos recebeu um Código Civil novo, conhecido pela Lei nº 10.406/2002 que embora tenha representado uma inovação em seu início, não mais contempla e tampouco resguarda todos os direitos da sociedade atual, em especial, da sociedade digital que se levantou e na qual já estamos todos inseridos.

Tudo que é vivo, um dia morrerá. E sob esta perspectiva, o Código Civil vigente “codificou” a vivência humana do seu início ao fim com as garantias de proteção e preservação dos direitos de personalidade que correspondem a uma série de direitos tidos como fundamentais da pessoa natural, tais como à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física e psíquica, à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada e ao nome.

Os direitos da personalidade estão relacionados com a condição humana do indivíduo e portanto, eles automaticamente atraem o princípio

constitucional da dignidade humana previsto na Constituição em seu artigo 1º.

O Código Civil, estabeleceu o início da personalidade civil com nascimento do indivíduo com vida e determinou o seu fim com a morte da pessoa natural. Todavia, apesar da morte do indivíduo, os direitos da personalidade embora tenham uma natureza pessoal e personalíssima não podem ser ignorados e sequer violados com o fim da vida de quem os detinham.

E embora a personalidade se encerre com a vida da pessoa natural, nos termos do artigo 6º do Código Civil, não se pode olvidar que com a morte de seu titular, embora não seja possível atingir de forma direta a pessoa falecida, havendo violação de tais direitos podem afetar seus sucessores ou, a depender do caso, até mesmo favorecer a violação de algum direito de personalidade do *de cuius* no âmbito da sucessão.

O acervo digital que uma pessoa constrói no decorrer de sua vida dentro de um ambiente virtual pode ser passível de rentabilidade financeira e outros dados, informações e arquivos que integram os bens digitais, podem não gerar valor econômico para o titular ou até mesmo para seus possíveis herdeiros, mas podem ser relacionados à honra, reputação e privacidade do falecido.

Nesse sentido, Mônica Almeida e Michelle Oliveira esclarecem que “os bens digitais com possibilidade de valoração econômica integram o patrimônio da pessoa falecida enquanto os bens digitais sem valor econômico dependem de uma manifestação de vontade do *de cuius*” (IBDFAM, 2023)

Há, portanto, uma lacuna legislativa que precisa ser suprimida tanto para a regulamentação da herança digital que pode ser tida como um direito fundamental (art. 5º, XXX, CR/88), com a destinação dos bens digitais com valor econômico; a possibilidade de acesso dos bens digitais sem valor econômico mas que dizem respeito à memória digital e afetiva; e, ainda, acerca de uma regulamentação quanto inviolabilidade da privacidade de dados e informações digitais que em determinados casos o titular não queira que seja levado a conhecimento público ou até mesmo de seus herdeiros após a sua morte.

5 Existência de precedentes e casos de repercussão

O Código Civil de 2002 regulamenta sobre a herança convencional, jacente e vacante, mas ainda não dispõe sobre a herança digital que corresponde ao conteúdo imaterial constituído no mundo digital, como as redes sociais a exemplo do Instagram, Linkedin, Facebook, Threads, X (antigo twitter), canais no Youtube, entre outros que podem compor os bens com ou sem valor econômico acumulados por um indivíduo no curso de sua vida.

Um exemplo bem recente é o da cantora Marília Mendonça, que faleceu no ano de 2021 com 26 anos durante um acidente de avião no Município de Caratinga em Minas Gerais. O Instagram da eterna Rainha da Sofrência, como ficou conhecida, que antes de sua morte já possuía um número expressivo de seguidores, recebeu 4 (quatro) milhões de seguidores após sua partida precoce.

O mesmo ocorreu em seu canal do Youtube que foi considerado na época o maior da música sertaneja presente na plataforma que também constatou que ela foi a primeira artista brasileira a atingir o número de 11 bilhões de reproduções, conforme reportagem contida no site Extra Globo.

Perfis com grande relevância nos meios digitais, como o exemplo de Marília Mendonça, tendem a ser monetizados, e com isso, passam a integrar o patrimônio de seu titular, todavia, como não há legislação específica acerca desta matéria, em alguns casos a transmissão da herança digital pode violar os direitos de personalidade do *de cuius* ou dos próprios herdeiros.

Atualmente, as empresas, donas de redes sociais, possuem a opção de extinguirem a conta após o falecimento do usuário, o que em determinados casos pode não ser benéfico para os herdeiros tanto nos casos de recuperação de algumas memórias digitais em formato de fotos e vídeos, quanto nos casos de existência de parcerias publicitárias ou outras formas dentro da rede social ou plataforma que gerem monetização para o titular do perfil.

No que se refere a memória digital, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de Apelação com fundamento no artigo 1.788 do Código Civil, concedeu acesso aos bens digitais de uma conta da Apple para que a herdeira tivesse acesso as fotografias e mensagens atreladas à vida familiar do titular. O relator entendeu que “a memória digital é equivalente àquela que se encontra fora do aparelho celular”. (Ap. Civ.

1004334-42.2017.8.26.0268, 7^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rômolo Russo, julgamento em 31/03/2021).

No caso mencionado, a única herdeira do falecido (vítima de latrocínio) recorreu ao judiciário para ter direito aos dados armazenados na “nuvem” correspondente a conta do pai junto à empresa Apple e lhe foi concedido o direito de acesso aos bens digitais com fundamento no direito à memória digital.

Outro ponto que merece atenção no contexto digital, refere-se a “era do engajamento virtual” onde o alto consumo dos usuários das redes sociais favorece a rentabilidade financeira de artistas, empresas, empreendedores, influenciadores digitais e contribui com a empregabilidade de demais profissionais que usam as redes sociais como forma de trabalho na era atual.

Nesse cenário, tendo em vista que a constituição de bens digitais se torna cada vez mais frequente e cresce exponencialmente, a normatização da herança digital garantirá maior segurança jurídica acerca da destinação dos bens digitais com ou sem valor patrimonial, além de maior proteção dos direitos dos titulares dos bens, de seus herdeiros e ainda apontar caminhos para as questões que envolvem memórias digitais que podem ter valor afetivo para os familiares do *de cujus*.

6 Conclusão

O Digital é uma realidade sem possibilidade imaginável de extinção. O mundo inteiro está conectado e todas as relações permeiam o mundo digital nos dias atuais. Todavia, pessoas usam, vivem e trabalham com o digital, mas inexiste uma norma que trate de seus bens adquiridos na internet após a sua morte.

A herança digital é uma realidade, embora não tenha ainda norma que a regulamente. Todos os dias uma pessoa chega ao fim de sua vida. O que faz com que os provedores dos serviços digitais recebam de forma recorrente comunicados sobre o óbito dos titulares de seus serviços e pedidos de acesso às referidas contas para abertura da sucessão ou outras finalidades jurídicas.

Enquanto, os Tribunais já recebem demandas sobre a destinação do patrimônio obtido em meio virtual, violação de acesso das referidas contas por terceiros ou são provocados para responder os casos em que os provedores estão impedidos de fornecer dados e informações protegidos por senhas e pelos próprios termos do serviço oferecido.

Diante da crescente presença do indivíduo no meio virtual e suas aquisições ao longo da vida civil no referido ambiente, o presente artigo apontou alguns problemas que não possuem soluções jurídicas normatizadas para os bens digitais após a morte de seu titular.

Assim, considerando a importância de uma urgente regulamentação da herança digital como forma de destinação dos bens, dados, informações e armazenamentos digitais não amparados pelas legislações existentes os dilemas atuais, quando levados ao judiciário, serão por ele solucionados. O que pode gerar uma avalanche de ações judiciais e ainda uma divergência de entendimentos entre os próprios Tribunais.

Portanto, em resposta a necessidade de uma sociedade hiperconectada é crucial que haja uma regulamentação legislativa acerca da herança digital que tenha como objetivo o exercício adequado dos direitos dos herdeiros, bem como a proteção dos interesses (vontade do *de cuius*) e preservação dos direitos fundamentais das pessoas naturais após a sua morte, evitando a exposição indevida de informações pessoais e sensíveis.

E em situações de disputa ou divergências de entendimentos entre herdeiros ou terceiros interessados em eventual demanda envolvendo o acesso ou a destinação dos bens digitais, a existência de regulamentação legal favorecerá a resolução de conflitos relacionados à herança digital, considerando os interesses e os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Referências

ALMEIDA, Mônica Silva. OLIVEIRA, Michelle Ivair Cavalcanti de. IBDFAM. Herança digital no brasil e a ascensão do metaverso - Digital heritage and the rise of the metaverse. 2023. Disponível em Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/2001/Heran%C3%A7a+digital+no+brasil+e+a+ascens%C3%A3o+do+metaverso+-+Digital+heritage+and+the+rise+of+the+metaverse#:~:text=Nesse%20sentido%2C%20os%20bens%20digitais,seus%20herdeiros%2C%20independente%20de%20testamento>. Acesso em 08 de setembro de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de setembro 2023.

BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1.998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.
Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm

Acesso em 10 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em 09 de setembro de 2023.

CNN (Brasil). **Morre cantora Marília Mendonça, aos 26 anos, em acidente de avião.** 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/morre-cantora-marilia-mendonca-aos-26-anos-em-acidente-de-aviao/> Acesso em: 09 de setembro de 2023.

EXTRA GLOBO (Brasil). **Marília Mendonça ganha 4 milhões de seguidores após morte e domina o topo das paradas.** 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/famosos/marilia-mendonca-ganha-4-milhoes-de-seguidores-apos-morte-domina-topo-das-paradas-25267811.html>. Acesso em: 09 de setembro de 2023.

LANA, Henrique Avelino. FERREIRA, Cinthia Fernandes. IBDFAM. A herança digital e o direito sucessório: nuances da destinação patrimonial digital. 2023. Disponível em https://ibdfam.org.br/artigos/1989ina%C3%A7%C3%A3o+patrimonial+digital.#_ftn3 Acesso em 08 de setembro de 2023.

Capítulo 21

DISCURSO E PRÁTICA COLONIAL NOS EFEITOS DE JUSTIÇAMENTO DO POVO NEGRO

Gilberto Silva Pereira¹

Afim de compreender os mecanismo discursivos colonial mobiliza-se aqui as reflexões de FANON (1970;1998;2015), DERRIDA(1967;1988;1996;2002), SPIVAK (2010), BHABHA (2010;2009), MBEMBE (2014), SAID (2010) e MIGNOLO (2012) contextualizando com as relações de construção de poder e privilegio e as relações da lei 10.639/03 na relação de reformulação de mundo. Atrelado a esse intento de um diálogo com os intelectuais detidos a perceber o efeito da colonização nas práticas e organizações sociais, podemos perceber como essas pressuposições foram se construindo na sociedade, inclusive, buscando os impactos da história da África na nossa constituição e prática no Brasil e nas relações diáspóricas do negro no mundo.

Jovens negras e negros, ao confrontarem seus assujeitamentos nos espaços sociais por onde circulam, enfrentam as relações determinadas pelo ranso colonial que ainda paira sobre a sociedade brasileira. Ao resistirem aos papéis atribuídos fixos , aos esterótipos, enfim ao racismo da classe dominante, a população negra desfaz as relações hierarquicas de saber e de poder. Fanon descreve bem os caminhos que culminam as relações unilaterais sobre a perspectiva dos assujeitados:

A reflexão do valor normativo de certas culturas, decretado

¹ Advogado, historiador, escritor, mestre em teologia, mestre em direito pela Funiber, pós graduado em direito civil e processo civil, pós graduado em direito do trabalho e direito do trabalho, pós graduado em direito constitucional aplicado, pós graduado em direito penal e processo penal, pós graduado em história da cultura Afro brasileira, Gestor de Negócios Imobiliários, professor, palestrante, Juiz Arbitral, Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais (Federação Mineira de Futebol), Presidente da RARI-MG, Presidente do Instituto de Relações Étnico-Raciais do Mercosul, Ex Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Columnista de Jornais e blogs, Ex presidente de comissão na OAB/MG, Ex-Conselheiro Seccional da OAB/MG, Ex- Presidente da Comissão Nacional de Igualdade Racial da ABRACRIM, Fundador do Escritório de Advocacia Gilberto Silva Advogados Associados, Autor do Livro “A GENESE DA (IN) JUSTIÇA. E-mail: gilbertosilvaadv@gmail.com

unilateralmente , merece que prestemos atenção. Um dos paradoxos que mais encontramos é o efeito do ricochete de definições egocentristas, sociocentristas. Em primeiro lugar, afirma-se a existencia de grupos humanos sem cultura, depois a existencia de grupos sociais sem cultura; por fim a noção de relatividade cultural. (FRANTZ FANON, p. 35)

Percebemos o efeito da normatividade presumida na perspectiva dominante, assim como a atribuição de valores já no cânone das ciências das relações sociais no Brasil. Destacamos aqui o pioneiro da temática na literatura brasileira dos estudos das relações raciais, no capítulo Africanos no Brasil, o autor Nina Rodrigues revela a participação, ainda que posta como menor, do negro, incógnito, que através do texto, apesar da importância singular, só pode ser notado como “amigo” de Nina Rodrigues. Esse negro não tem nome, não tem credibilidade e apesar de ser referenciado é subsequentemente descredibilizado de inteligência. Adianta-se aqui que a tradução, acesso e imersão a cultura negra a que Nina Rodrigues se dedica a participação do negro é fundante e insubstituível para coleta de dados da condição do negro no país no contexto das primeiras décadas do século XIX.

Esse exemplo como veremos é um *modus operandi* de construção de valores científicos na sociedade. Não nos ausenta nos registros acadêmicos a participação do não branco na construção da ciência. Por outras vias, são notados e diminuídos a algo menor que um ser humano. No exemplo do cânone dos estudos das relações raciais no Brasil, percebemos participação negra em todas as etapas de construção de conhecimento, e nesse ponto o que fere e cicatrizou na sociedade é o fato de serem registrados como objeto, alvo de análise e validação da cultura dominante. Essa validação não é só um passe que avalia o que seja ciência ou não, mas também uma usurpação sistêmica do protagonismo dos povos colonizados. Quando esse tipo de ciência ocupa o lugar do cânone, sem uma *revisão crítica*², sobretudo na narrativa que impregna a perspectiva dominante, a prática do racismo ocupa o lugar da razão, os valores racistas ocupam o lugar de norma e toda a violência que se materializou em modos operante das instituições passam a servir e regulamentar as injustiças sociais. Todavia sem uma revisão crítica o que notamos na história que algo só se torna conhecimento quando é validado pelo branco.

Podemos dizer sem muitos pudores que ao longo do tempo isso constrói a estrutura, a injustiça se torna a estrutura e se mantém de forma edificadora a sociedade. Seja por isso, o racismo se torna a estrutura social

2 Revisão crítica é um ponto que iremos trabalhar mais à frente no livro.

e é estruturante ao longo do tempo. A trama que questiona a estrutura se torna mais complexa pois é incumbida de confrontar o que cria a estrutura, os valores nos quais a forma que entendemos a sociedade foram formulados. Na prática, uma lei que se propõe a reparar as dinâmicas raciais é infrutífera se quem executa a lei não tem formação adequada para pesar o valor do racismo ou de outras opressões sociais fixada na base no qual a civilidade foi constituída. Porque um ponto que nunca podemos nos abster é que quem pratica e tem o poder de executar a justiça são seres humanos civilizados na lógica racista, que por lógica, notam a prática como normal, ainda que violenta e injusta. Se hoje é verbalizado como consenso que o racismo é uma injustiça, assim como machismo, sexíssimo entre outros, como poderíamos falar da justiça balizada nesses valores como o justo? Seria da forma que esta, mais uma institucionalização da injustiça do que uma prática de justiça, e ainda que haja as leis, essa é ineficaz em se expressar como manifestação do povo, e sim manifestação de uma parcela da população que mantém por ela as injustiças que garantem seus privilégios.

A fim de descortinar o ponto fulcral dessa reflexão, desdás primeiras pesquisas da história da escrita, ainda que na perspectiva dominante, não é comum atribuir uma vanguarda nas populações brancas. Dentre as hipóteses linguísticas é consensual para os historiadores o protagonismo do meso-oriente ou das primeiras populações indígenas. Parece um tanto inegável que a história da escrita teve seu grande desenvolvimento em terras Africanas, mais especificamente egípcias. Assim como já a bastante tempo é consensual a ponto de compor os livros didáticos, que as primeiras civilizações também são africanas. Esses pontos nunca foram negados. Ainda poderíamos debruçar aqui sobre o desenvolvimento das práticas de cura, a gênese da engenharia, arquitetura, matemática e até a base do que chamamos de direito e suas primeiras orgânicas que constituíram as civilizações mais antigas, são de povos que estão muito distantes do que socio discursivamente se reproduz com facilidade como algo do branco, europeu ou colonizador.

Os próprios textos do cânone acadêmico, dizem buscar de outros lugares as tecnologias que apropriam, e por conta da narrativa, tomam para si ao entenderem o empenho como significativo. Na história da ciência não serão poucos os episódios onde algo só passa a ter valor quando um branco credencia aquilo como ciência. Ora, a lógica da pesquisa é contaminada pelo olhar de inferiorizar, então o negro ali só poderia ser um objeto a ser pesquisado e revelado pelo branco, assim se constituiu a ciência e o

que temos como prestígio do conhecimento, não por desenvolvimento do branco, e sim por apropriação do mesmo.

[...] Coligir vocabulário de diversas línguas, tomado a homens boçais, sem a menor instrução, de inteligência atrofiada pelos trabalhos e maus tratamentos de longa escravidão, viciados pelo uso constante de outra ou outras línguas aprendidas no Brasil, dispondo de reduzido léxico; ter de figurar na fonologia ,e nos termos de uma língua flexiva como o português, línguas aglutinativas, dotadas de sons próprios, não ainda figurados ou mal conhecidos, é tarefa que, pela paciência e esforço demandados, impõe a sua dificuldade [...]. (RODRIGUES, 2010, p. 140).

Nessa citação de Nina Rodrigues podemos ver diversos valores que contaminam, e de hoje vemos facilmente como ultrapassadas, o registro sobre a construção do negro no Brasil. Todavia, não seria essa ainda que erradica a condição do negro como produtor de conhecimento. Ora, esse negro descrito pelo Nina, foi o que fez a tradução de todo material das línguas originaria do continente Africano, e depois de posto, Nina descreve com tranquilidade que levou para um linguista especialista de outro país a fim de confirmar a tradução. Após confirmado, a esse linguista ele dá o mérito da produção técnica, não chegando a sequer dizer o nome do “amigo negro”. Esses modos ainda são facilmente encontrados na logica museológica do Brasil. Onde os méritos do trabalho são angariados por escravocratas e o povo escravizado, que desenvolve e executa a tecnologia, são lembrados somente como escravos. Resgatando a percepção do começo desse texto não encontramos nada que definisse o que é uma língua “primitiva” destoado de um valor atribuído as línguas do indo europeu como base de análise. A falta de uma análise fonética desintoxicada do racismo, eugenismo e positivismo ainda parece carente para a área. O que Nina entende como Primitiva é baseada na tradução de cânticos, que envolve outros elementos. O problema que se destaca de pensar toda uma cultura e língua com um corpus tão limitado, é que desconsiderou as condições da produção dos cantos e rezas. A sonoridade e uma construção seletiva das palavras é fundamental para elaboração de cantos tanto na cultura eurocêntrica quanto na africana.

Entretanto, posto a sua importância datada, afeta os dados colhidos por Nina é o posicionamento do pesquisador perante os negros e a cultura negra, como já explicitado, a valoração da instituição sobre o ser humano negro. É fragrante como a ciência irá constituir essa área de estudo pressupondo a cultura negra como menor e, consequentemente, o corpo negro de menor valor. Sendo Nina Rodrigues, o branco, imprime sua

perspectiva as suas Referências. Tal visão só pode ser lógica se o pressuposto de que o conhecimento europeu é melhor ou maior que outros, uma presunção sem fundamentação plausível mesmo para a época de Nina Rodrigues, que se corresponde somente com a afirmação da jactância acadêmica e a eleição do que de fato é cultura.

Deve-se pensar que não havia ali, objetos econômicos ou objetos científicos, havia na verdade seres humanos, com uma intelectualidade ainda incompreendida pelos paradigmas dos colonos. Seria ingênuo pensar que esse tratamento não contaminou bruscamente a pesquisa, pois limita as possibilidades de aprofundamento, ainda que, seres humanos são permeados por subjetividades nas relações de poder. Esse exemplo faz-se perceber os impactos recorrentes e prejuízos históricos na percepção do negro em meio ao contexto do Brasil, ainda, o contexto de uma razão colonialista. É por essa via problemática que se tem pistas do comportamento da cultura negra no Brasil. Pensar essa perspectiva de Nina Rodrigues é um trabalho crítico por si só, pois os valores que carrega comprometem uma análise documental, para fins desse diálogo, é preciso a todo momento olhar com desconfiança sobre as conclusões. No entanto, são essas bases que constitui a semântica do corpo negro no imaginário social, e como imaginário, contaminam a forma que apontamos e julgamos pessoas negras nessa sociedade racista, está para além da constituição, está posto na cabeça de quem deveria praticar a justiça.

Ainda que o dono de engenho desconheça tudo da técnica de construção a narrativa contaminada pelo racismo construiu o que chamamos de ciência, atribuindo aos verdadeiros boçais sobre o mérito, o reconhecimento histórico. Temos por tanto, pessoas que nem sequer conhecem sobre mineração sendo apontado como grandes mineradores e assim em todas as áreas de conhecimento, da construção até a intelectualidade. Para além do exemplo, essa forma ainda permitida de se fazer pesquisa, está em toda história da ciência e discurso acadêmico ao longo dos tempos.

Todavia esse ponto é somente um dos pontos que culminaram da covarde produção do homem negro na sociedade por uma perspectiva do homem branco. A história produz injustiças na própria forma de apagar intermitentemente os valores do negro dos processos civilizatório, mas também, em imputar a esse negro produzido pelo olhar dos brancos valores menores, depreciativo e alérgicos a quaisquer humanidades. Um contraponto da civilidade que notamos comumente é o de selvagem. O tratamento é que o negro só por existir corrompe uma harmonia humana

no qual, por ser negro, esse não faz parte. Como entender uma lógica social onde o negro já é culpado por ser negro enquanto o branco é presumido por inocente ou goza do privilegio da dúvida ainda que tenha mais evidencia de culpa do que é necessário para julgar um negro no Brasil?

A marca mais simbólica do direito está nas produções Cesare Lombroso, do século XVIII. O teórico marcou de forma contundente a perspectiva social sobre criminologia, a ponto que ainda hoje impacta sobre a cultura e ação da (in)justiça a forma de significar o negro na pratica legal de diversos países, incluso o Brasil. Embora não iremos aqui debater sobre a gênese dos pensamentos registrados por esse autor, podemos dizer com tranquilidade que ao engajar esses elementos como ciência desencadeou uma forma de agir da “justiça” que ainda é praticada deliberadamente e sem nenhum constrangimento. A proeza de Cesare Lombroso se deu ao elencar elementos fenótipos das pessoas como traços que diriam de uma predisposição para serem criminoso. Ora, ainda que pareça de hoje, absurda tal abordagem, onde possamos entender em dissimulação cínica como incorreta, a ideia que ao nascer com fenótipos biológicos as pessoas teriam propensão ao crime, convém a instituição de poder e pratica da injustiça manter esse modus operandi. Na pesquisa de Dayane Brito Reis (2002) ela dedica de forma aprofundada os critérios de suspenção da polícia sobre o que seria valores relevante para a pratica de abordagem policial. Percebe-se que na pesquisa esses elementos na sociedade moderna como fonte inspiradora da suspeição policial.

O estereótipo construído por essa lógica também diz do disparate posto pelos dossiês que apontam grande população carcerária e de vítimas de um genocídio orgânico com largo destaque dos corpos negros como alvo. Vale salientar que não existe elementos constitucionais que dizem que negros devem ser parados com prioridades, não existe elementos constitucionais que dizem que negros devem ser presumidos como criminosos, mas lamentavelmente, existe inúmeros estudos que apontam que além de perseguidos socialmente os corpos negros, são esses que são desamparados de acesso à justiça e prerrogativas constitucionais. Ainda que não exista leis que de fato acobertem essa violência corriqueira existe a cultura de quem executa a agencia de “justiça” como a pratica de injustiça, como por exemplo a polícia. Não carecem de leis, provas, elementos cruciais para um julgamento, pregado pelo próprio processo judicial como regra, só carecem de um poder. Pouco impacta nessa reflexão se os policiais, por exemplo, são exceção ou norma da pratica da injustiça, isso pouco importa, porque podem fazer, podem escolherem serem racistas, e o fato de poder,

contamina quaisquer exceções, pois justiça não poderia ser uma questão de escolha executar ou não. Quando se pode matar um inocente ou não, com aval da constituição, a injustiça está posta antes da escolha que irá fazer. O alvo está à mercê de uma manifestação individual, que no caso do brasil, tem números bizarros para quaisquer logicas de civilidade. Em um país que mata mais do que um cenário de guerra em dias “comuns” da semana.

Ainda notaremos nesse dialogo como a percepção do negro pelo olhar colonizador imputa ao corpo negro uma ponte estreita entre ser negro e ser criminoso. A abordagem policial seja talvez a expressão mais didática dessa relação. Ao abordar um negro ou ao leva-lo a julgamento não é incomum perceber uma presunção de dolo. Se negro passa a ser razoável que seja um criminoso, e ainda que esse busque a presunção da inocência como direito inerente a todos seres humanos posto sobre a égide da constituição

Ao pensar o racismo cultural, percebe-se que as possibilidades de relacionamento não são irreparavelmente dado ao que se é violentamente imposto a sujeitos não brancos “a expropriação, a razia, o assassinio objetivo, desdobram-se numa pilhagem dos esquemas culturais, ou pelo menos condicionam essa pilhagem” (FANON, 1970, p. 37). A doutrina da hierarquia cultural não é percebida hoje por estar calcada na condição de normatividade.

Esta cultura, outrora viva e aberta ao futuro, fecha-se aprisionada no estatuto colonial, estrangulada pela carga da opressão. Presente e simultaneamente mumificada, depõe contra seus membros. Com efeito, define-os sem apelo. A mumificação cultural leva a mumificação do pensamento individual. (FANON, 1970, p. 38).

Os traços de subjetividade do negro no Brasil ainda respondem, assim como ao longo da história foi cerceado de ser reconhecido em importância pelas suas colaborações culturais por via de uma imposição de valores que o reduzia e detimento a uma razão dominante, embora as vezes, assistenciais e sensíveis a relação do negro no Brasil. Aqui não é percebido na história da nação Brasileira uma impossibilidade de expressar a sua relação com a construção indenitária nacional, por outras vias, era condicionante ao negro, para ser reconhecido nessa trama, se postar como menor que o branco.

Desse ponto, percebemos as relações e impactos dos discursos coloniais nas imposições subalternizadoras sobre as poulações que resistem as condições colonizadoras. Os sujeitos predominantemente asujeitados são que serão tratados para fins desse livro como sujeitos de

resistencia. Cujo a vozeração, independente do teor de sua projeção, constroi a destituição da unilateralidade normativa de significação social imposto pela razão dominante/colonial. Nesse sentido, a afirmação de si na sociedade como sujeito que revindica a agencia de saber negada pela logica coonial já se faz capaz de desafiar conceitos fixos que condicionam ou assujeitam determinados humanos.

Existem vários mecanismos de manutenção das injústicas e é evidente o quanto a forma que a justiça construída pela perspectiva monótona do homem branco constroi em indiferença de outras culturas e subjetividade humana de outros corpos o que seja crime. Em um panorama geral o corpo branco se constituiu no imaginário pela marca de até então não localizamos o que seja praticado o crime, a não ser pelo fato do que chamamos de justiça seja a prática de injustiça. Porem é certo que não podemos aqui esvair alguns valores que são revindicados em diversas culturas como razoável. Como o exemplo o zelo pela vida, parece razoável que zelar pela vida seja um papel comunitário impôr da manutenção humana no mundo. A contraponto quando se pode enxergar que uma vida vale mais do que a outra, mesmo os valores mais nobres da justiça fica em evidencia.

Ora, se não aceitamos assassinos, e isso parece razoável socialmente, porque não é um absurdo matar quando se está com uma farda? Quando obviamente não se atua em legítima defesa. Quando pensamos que crimes hediondos como a prática do terror, estupro, latrocínio são execrados como regra de uma sociedade o que justifica bombardear um território? Se zelamos pelos inocentes, como pode ser aceitável execução sumária de quem rogamos por proteção? Tiroteios que tem criança como baixa aceitável? Se todos tem direito ao contraditorio, porque não se precisa de provas para colocar um corpo negro em evidencia? De fato precisamos questionar as instituições, são lugares viciados em promover injustiças, mas será que não devemos nos questionar a formação e gestores dessas instituições? Não devemos nos questionar a dor da carne branca porque nos mobiliza mais empatia do que a dor da carne negra?

Os mecanismos pelos quais operam as lógicas de opressão sobre o corpo negro na história da injustiça se vale de construir no imaginário social signos impostos aos corpos negros que tornam através da repetição, comparação, imputação de valores e afins uma condenação previa da pessoa negra dentro de uma sociedade racista. Os estereótipos estão na presunção social falada, e ainda que não exista uma lei que fale que negros devem ser mais punidos ou sentir o peso da justiça de forma desigual ao

não negro, na pratica é o que aparece nos dossies e quadro social no qual estamos imersos. Para efeitos desse debate, lei como consenso arbitrariado por quem tem o poder de praticar a justiça, é incubida por humanos, mais especificamente, cidadãos que munem de uma presunção viciada para exercício da “justiça”.

Embora nenhum agente da justiça se muna de materia em especie de lei pra distribuir o peso punitivista e corretivo da justiça, esse peso aparece na presunção e esgotamento da subjetividade humana dos subalternos em determinada sociedade. Corre as vistas inumeros exemplos sociologicos e expressivos do quanto o peso sobre o infrator negro é desproporcional inclusive se considerar o infrator de mesma qualidade quando branco.

Quando se condensa, um artista por apologia, a violencia por fazer um sinal com a arma em um dos seus trabalhos, porem isenta um candidato politico da mesma medida por conta seu lugar e estatus social (que não necessariamente diz respeito a estar em um cargo de poder) delegamos que o problema não é o crime, ora, se pode cometer o crime, se gozar de privilegios e presunção de inocencia, o resultado final ser a não condenação. O problema que nos é imputado é o negro. É o fato de ser negro que incomoda a sociedade, não o fato de infringir a lei, vez que se percebe uma liberta ação de infringir o que seja lei, a ponto que só se percebe o exercicio do probido, justo e reguamentar quando o sujeito apresenta a pele escura .

Buscando os mecanismos em que o discurso colonial se articulou no tempo, DERRIDA (1988;1996;2002), MBEMBE (2014) e BHABHA (2009;2010) elucida alguns pontos. Os pontos que vamos debater nesse capitulo tem relação de como entendemos o corpo negro em via as instituições. Seja possível as ferramentas mais contundentes de se perceber um negro para quaisquer olhares que foram educados em uma sociedade racista. Ora, se presume que um corpo seja alvo de regulação, ainda com um julgamento que antecede a ação do crime, enquanto outros corpos, podem se arriscar a cometer crimes quem sempre terão a presunção da inocência. O crime em si, seja qual for, é uma motivação secundaria, quem cometeu o crime é a motivação matriz nesse sistema de (in) justiça. Para Derrida (2002, p. 47), “Fazer justiça a essa necessidade significa reconhecer que [...] nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de uma face a face, mas com uma hierarquia violenta.”

A ideia de julgar pelo estereótipo é de tamanha candidez que delegou ao crime como algo menor do que nossos preconceitos. A ideia

de presunção de dolo, ou presunção de violência justificada, recai sobre o estereótipo do corpo negro, não isenta nenhum agente de justiça, contrário a isso, nos demanda responsabilidade ao entender critérios isonômicos a todos seres humanos que demandarem de mediação do estado. “Essa dinâmica demanda “Desconstruir a oposição significa, primeiramente, em um momento dado, inverter a hierarquia.” (DERRIDA, 2002, p. 48)

A ausência de um pensamento fixo a um corpo possibilita desestabilizar preceitos, buscando nesse exercício, ressignificação do próprio olhar e pensamento sobre o mundo. Se a demanda é compreender negros como humanos, obviamente, justifica os movimentos sociais, em países como o Brasil, garantir negros nesses cargos de exercício de poder. A possibilidade de entender o semelhante como humano faz parte significante da agenda de alcançar a consciência negra que inverte esse padrão de valores posto pela história e afins. Paralelo a isso cabe também uma urgente reeducação social sobre a prática desse racismo cultural que atravessa as mais diversas formações de poder, antes mesmo de exercer o que temos como justiça hoje.

A fim de buscar o que foi a construção colonial de controle a percepção do outro, impactos nos modos operandi da sociedade, coube o intento de perceber além da estrutura os processos de desconstrução para entendermos como forma de reação ao assujeitamento em contexto de resistência.

Os confrontos das composições estereotipadas de sujeitos não implicam em necessariamente afirmar o oposto, ainda que possa ser, implica em vagear sobre as perspectivas rígidas que fixam os estereótipos reconstruindo para além da visão limitada e unilateral da força dominante. Nesse ponto alguns “sujeitos” se obrigam pelo simples exercício de vozeração, desconstituirão o determinismo implicados a significação de si.

Dentre o universo de mecanismo discursivo que o discurso colonial constituiu as relações de controle e subalternização da diferença, é recorrente nos autores pesquisados tipos de relações amplamente debatidas. São essas “desconstruções”, “ambivalência”, “fixidez”, “estereótipo” e “mimica” que acontecem.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Notas sobre o gesto.** Artefilosofia, Ouro Preto, nº 4, p. 9-16, jan. 2008. p.13.

ALGARVE, Valéria Aparecida. **Cultura negra na sala de aula: pode um cantinho de africanidades levar a autoestima de crianças negras e melhorar o relacionamento entre crianças negras e brancas?** / Valéria Aparecida Algarve. - São Carlos: UFSCar, 2005.

DANILO F. **Colonialismo, independência e revolução em Frantz Fanon.** Revista África e Africanidades - Ano 7 – n.19, abr. 2015.

DAYRELL, Juarez. O jovem como sujeito social. **Revista Brasileira de Educação**, n 24, p. 40-52, dez. 2003

DERRIDA, J. (1972b). *La dissémination*. Paris: Éditions du Seuil.

Derrida, J. (1967). *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil. 204

DERRIDA and Husserl. *The Basic Problem of Phenomenology*.

Bloomington: Indiana University Press. Madrid, R. (2008). *Hacia una ética de la responsabilidad: Derrida y el otro por venir en Levinas*.

Sapientia. Vol. LXIII, Fasc. 223. (pp. 105-141). Peñalver, P. (1997).

Introducción a Jacques Derrida, la deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora. Barcelona: Paidós. Petrosino, S. (1994).

FANON, F. Racismo e cultural. In: FANON, F. **Em defesa da revolução Africana**. Lisboa: Livraria Sá da Costa. 1970. Original de 1996.

LACLAU, Ernesto. **Emancipação e Diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

MUNANGA, Kabengele. **Redisputando a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

Capítulo 22

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA ADEQUAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neiva Schuvartz¹

Ana Flávia Machado²

Amanda Luíza Souza³

*Quando a liberdade de expressão nos é tirada,
logo poderemos ser levados, como ovelhas,
mudos e silenciosos, para o abate.*

(George Washington)

1 Introdução

Apresentamos inicialmente algumas das ideias e questionamentos, os quais guiarão a análise e a compreensão da problemática principal deste artigo, qual seja, a discussão acerca dos direitos fundamentais

-
- 1 Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (diploma reconhecido pela Universidade de São Paulo-USP); especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Milton Campos; especialista em Negócios Internacionais pela Faculdade PUC Minas; graduada em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte e graduada em Psicologia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Atualmente é Coordenadora geral dos cursos de Pós Graduação e de extensão da UNIFEMM, coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Previdenciária e Direito Processual do Trabalho e do Direito civil, Consumidor e Processual Civil do Centro Universitário da UNIFEMM; participa do grupo de estudos IPCPT da Milton Campos, é sócia - Schuvartz Guimarães Advogados.
 - 2 Mestra pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE); especialista em Direito Administrativo; graduada em Direito pela faculdade Dom Helder Câmara em Belo Horizonte; atua como advogada, consultora jurídica e professora universitária (cursos de Graduação e Pós Graduação); atualmente exerce a função de Relatora da Comissão de Admissibilidade e Instrução do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB -MG).
 - 3 Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito/IBMEC de São Paulo; pós-graduanda em Direito Familiar e Sucessório pela Escola Superior de Advocacia da OAB Minas Gerais; graduada em Direito pelo Centro Universitário Monsenhor Messias de Sete Lagoas/UNIFEMM; Advogada, sócia-fundadora do Escritório de Advocacia Souza&Guimarães, inscrita na OAB/MG, sob o número 170.113, a nível nacional com atuação nas áreas de Direito Civil, Empresarial e Trabalhista; atua como Consultora Jurídica; Professora universitária nos cursos de Pós Graduação; Membro de Comissões de Ordem na OAB subseção Sete Lagoas/MG de 2016-2019 e Delegada da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais de 2020-2023.

e a liberdade de expressão.

Diversas questões sugiram durante a referida pesquisa, tais como: como encontrar o equilíbrio dos direitos de um ou de outro cidadão quando estes se encontram em colisão? Até que ponto pode se limitar os direitos da liberdade de expressão? Nessa perspectiva, vale salientar que não se trata de hierarquizar os direitos fundamentais, mas sim de buscar a máxima proteção de cada um dos direitos que possam estar em conflito.

Visando responder tais questões contextualizou-se a liberdade de expressão na Constituição de 1988 e os tratados internacionais; seu conteúdo e formas de manifestação da liberdade de expressão e possibilidades de restrições; o conceito de direitos fundamentais e suas dimensões, e o consequente entendimento da evolução destes direitos.

2 Conceito e dimensões dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais é um tema extremamente rico e interessante, dotado de complexidade histórica, e, portanto, ao mesmo tempo extenso. Por essa razão, nos deteremos apenas ao conceito, e as três dimensões dos direitos fundamentais, localizando-as notadamente no estado liberal e no estado social, de tal forma que possam proporcionar a compreensão e a importância dos direitos fundamentais.

Segundo Hesse, os direitos fundamentais, em sua concepção ampla, têm por finalidade “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”⁴. Já em uma concepção mais restrita, estes são os direitos positivados por um determinado Estado e são qualificados por este como tal.

Os direitos fundamentais podem ainda ser conceituados através de dois critérios, o formal e o material. O critério formal pode ser dividido e analisado sob dois prismas. No primeiro, são direitos fundamentais todos os direitos e garantias nomeados e especificados na Constituição de um determinado Estado. No segundo, considera-se como direitos fundamentais aqueles que possuem uma garantia mais elevada⁵ nas constituições e,

4 HESSEN Konrad. “Grundrechte”, in Staatslexikon, v. 2, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560.

5 Na Constituição brasileira as liberdades e garantias individuais previstas no art. 5º não podem ser retirados da Constituição nem mesmo por emenda constitucional, pois conforme estabelece o art. 60, § 4º “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir.” inciso IV – “os direitos e garantias individuais” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. p. 300.

portanto, somente podem ser alterados mediante emendas constitucionais.

De acordo com o critério material, os direitos fundamentais podem variar de um Estado para o outro. Trata-se de variações que decorrem de ideologias, assim como da forma do Estado e dos princípios que são consagrados constitucionalmente⁶, podendo ainda variar no tempo. Canotilho ensina que os direitos fundamentais formalmente constitucionais são os previstos na Constituição. No entanto, pelo que estabelece o art. 16º⁷ da Constituição da República Portuguesa (CRP), há o reconhecimento de que existem outros direitos fundamentais que podem estar previstos em leis e/ou tratados internacionais, sendo estes chamados de direitos materialmente fundamentais. Com essa definição, surge uma questão relevante: como identificar quais direitos fora da constituição têm status de direitos fundamentais? O próprio autor responde: “A orientação tendencial de princípio é de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”⁸.

Assim, podemos afirmar que os direitos fundamentais são positivados pelos Estados e estão correlacionados com os momentos históricos de cada um deles, pois os direitos fundamentais não são imutáveis, nem homogêneos; eles dependem de cada sociedade e da cultura em que estão inseridos, assim como da posição política do Estado.

Na concepção liberal⁹, os direitos fundamentais surgem como um direito de defesa¹⁰ contra o Estado. São assegurados os direitos individuais e políticos¹¹, conhecidos como os direitos de primeira dimensão. A

6 Neste sentido dentre tantos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 561.

7 Art. 16, nº 1. CRP “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 403-404.

9 Segundo Abrantes, esta é uma concepção jusnaturalista, na qual o homem possui um conjunto de direitos individuais naturais, anteriores ao próprio Estado; logo o “Estado não confere estes direitos; reconhece-os. A sociedade não os cria: *declara-os*” (ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 22, grifo no original); no mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 56.

10 “[...]o poder é simbolizado apenas pelo Estado, visto então como única força capaz de ameaça a liberdade individual. Daí os direitos fundamentais terem surgido como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) contra o Estado, sendo apenas relevantes nas relações entre particulares e os poderes estaduais” (ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, op. cit., p. 23); no mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais*, op. cit., p. 53; MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Dialogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. 1-12, jan.2002. p.3.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 563.

necessidade de defesa contra o Estado decorre do fato de que somente este poderia limitar a liberdade dos indivíduos, que eram considerados todos iguais¹², sendo, portanto, o único a ser temido. É desta concepção decorre a imposição negativa¹³, ou seja, ao Estado não é permitido intervir. Neste sentido, o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições escritas tem um caráter individualista, por ser uma afirmação dos direitos individuais oponíveis ao Estado¹⁴.

Contudo, como esta ideia de igualdade e de liberdade, na concepção liberal, era meramente formal, e sua operacionalidade não resultava sempre eficaz, uma vez que, materialmente, havia uma grande desigualdade entre as partes, sobretudo no âmbito das relações laborais. Assim, a realidade contradiz a paridade entre os particulares, uma vez que o poder não está mais concentrado no Estado e sim disperso entre ele e a sociedade, devido ao desenvolvimento de grandes grupos econômicos.

É na comprovada desigualdade material entre os particulares que, segundo Abrantes, “[...] se radica a necessidade de assegurar um efetivo exercício das liberdades nas próprias relações entre particulares”¹⁵. Esta necessidade de assegurar materialmente as liberdades individuais decorre notadamente do aumento das forças dos grupos sociais.

Com o advento do Estado Social, os direitos fundamentais passam a ter uma dupla perspectiva. Assim, além do direito de defesa contra o Estado, que define a prestação negativa, passam a se tornar necessárias ações positivas por parte deste, ou seja, o Estado passa também a ter o dever de prestação, que, em seu sentido amplo, pode ser entendido sob um leque de ações que vão desde o dever de proteção¹⁶, até o dever de prestações em dinheiro (subsídios, ajudas sociais, etc.). Estes constituem, portanto, os direitos positivos, uma vez que impõem uma ação por parte do Estado, sendo ainda considerados um desdobramento da dimensão objetiva dos

12 A Declaração dos Direitos do Homem 1798 em seu artigo 1º assim estabelece: os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

13 “[...] demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São, por este motivo, apresentados como direito de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 56).

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 58; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 564.

15 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, op. cit., p. 23.

16 “Nessa sociedade conflitual, ‘em que as diferenças de poder, agravadas pela proliferação dos grupos, geram a escravidão e a injustiça’, o Estado aparece como única força capaz de impor o respeito da liberdade individual. Por isso o homem tem de confiar neste Estado [...]” (ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, op. cit., p. 24).

direitos fundamentais¹⁷. Estes direitos são então efetivados através do Estado¹⁸. A partir deste momento, as Constituições¹⁹ passam também a estabelecer, juntamente com os direitos individuais e políticos, os direitos sociais, chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão. Logo, não se trata mais apenas de “liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”²⁰.

Os direitos de segunda dimensão concedem também aos indivíduos acesso às prestações sociais que devem ser propiciadas pelo Estado, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho²¹. Assim, por serem prestações positivas, a sua eficácia está condicionada aos recursos do Estado²². São também consagradas nesta dimensão a liberdade sociais, tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, assim como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Impende ressaltar que os direitos sociais²³, no seu sentido amplo, assim como os direitos da primeira dimensão, são direitos individuais, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos²⁴, que discutiremos em seguida.

17 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 129.

18 Gurría preleciona que Tradução livre: “o reconhecimento dos direitos como valores objetivos impõe ao Estado mandatos de atuação e o dever de proteção a todos os destinatários da Constituição, sejam públicos ou privado” “[...] El reconocimiento de los derechos como valores objetivos impone al Estado mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean público o privado” (GURRÍA, José Juan Anzurures. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 22, p. 1-51, 2010. p. 13. Disp. em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/22/ard/ard1.pdf>. Acesso em: 19/09/ 2012).

19 Neste sentido, consultar: ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, op. cit., p. 25.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 57.

21 Alexy nos ensina que, em um conceito amplo, o direito de prestações vai desde a proteção do indivíduo contra terceiros, através das normas penais, até as prestações em dinheiro ou bens. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 442).

22 Não podemos nos olvidar que tais prestações podem estar condicionadas à reserva do possível. Esta expressão surgiu na Alemanha, quando a Corte Constitucional alemã assentou o entendimento de que direitos sociais de natureza prestacional que imponham despesas ao Estado sujeitam-se à reserva legal, bem como à disponibilidade de recursos. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 90).

23 Segundo Sarlet, a expressão social decorre da necessidade de uma justiça social e da vindicação de proteção das classes menos favorecidas, nomeadamente da classe trabalhadora, devido ao alto grau de desigualdade entre trabalhador e empregador, este último detém em última instância o poder econômico, ainda que em graus diversos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 57-58).

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 57.

Por fim, os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, se consolidam no final do século XX. Estes direitos descolam-se das dimensões anteriores porque saem do foco da proteção individual e passam para uma proteção coletiva ou difusa. Segundo Sarlet, os direitos mais citados desta dimensão são os “direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação”²⁵. Com relação à quarta dimensão dos direitos fundamentais, há uma tendência ao reconhecimento da mesma, mas não é consenso na doutrina sobre quais seriam os direitos desta dimensão²⁶. Diante do exposto, optamos por não fazer um estudo desta, uma vez que esta não tem relevância para este trabalho.

Os direitos fundamentais têm notadamente a função: (I) de defesa ou liberdade do indivíduo face ao Estado; (II) de prestação social, através da qual o indivíduo pode obter junto ao Estado prestações como saúde, educação, segurança social; (III) de proteção perante terceiros, porquanto cabe ao Estado proteger os particulares de possíveis agressões de outros particulares, e também de não discriminação, a qual decorre do princípio da igualdade, que, por sua vez, abrange todos os direitos²⁷.

3 Dos direitos fundamentais e a liberdade de expressão na Constituição de 1988

Imperioso é, para se falar de direitos fundamentais e liberdade de expressão, contextualizar o cenário político e social em que fora promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88). Em 31 de março de 1964, o presidente João Goulart foi deposto e estabeleceu-se a ditadura militar no Brasil e o consequente cerceamento de alguns direitos sociais. Assim a insatisfação popular com o cenário de falta de assistência estatal cresce e a sociedade começa a se mobilizar na luta pelo processo de redemocratização e de busca por melhorias nas condições de vida. No ano de 1984, ocorre o movimento político suprapartidário em

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 58.

26 Dentre tantos ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 570-572; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 386; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 60.

27 Neste sentido ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 407-410.

defesa do retorno das eleições diretas para presidente da República que ficou conhecido como “Movimento das Diretas Já”. Em 15 de janeiro de 1985, ocorreu a eleição de Tancredo Neves para Presidente da República, findando o período de vinte anos do regime militar. Momento considerado o embrião do movimento constituinte que embasou a elaboração da Constituição Federal de 1988.

A ascensão de direitos é fruto de lutas e os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos²⁸. Nas palavras de Silva “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem vai se libertando dos obstáculos que o constrangem e mais liberdade conquista.”²⁹ Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal da República do Brasil (CFRB), que foi considerada como uma mudança de paradigmas em vários aspectos, dentre eles como marco histórico para se pensar direitos sociais no Brasil.

Neste sentido, o termo liberdade de expressão, está ligado ao direito constitucional de manifestar livremente os pensamentos e ideias, sem medo de retaliação ou censura. O ordenamento jurídico pátrio traz tal garantia nos incisos IV e IX3 do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito de exteriorizar a opinião pessoal ou de um grupo, sempre com respeito e respaldada pela veracidade de informações.

A liberdade de expressão é um direito fundamental, consagrado pela constituição como garantia basilar da dignidade do indivíduo e do funcionamento da estrutura democrática do país, sendo um requisito fundamental para que todos possam expressar suas opiniões sem censura, desde que as opiniões não violem outros direitos e garantias constitucionais.

A CFRB/88 disciplina o tema no art. 5º, incisos IV, IX e XIV, que asseguram respectivamente a: liberdade de pensamento; a liberdade de expressão e o acesso à informação. E no art. 220, que determina que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística³⁰.

28 SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Direitos humanos no século XXI. Brasília: IPRI, 1998. p. 156.

29 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2006. p. 234)

30 Constituição Federal de 1988. Disp. In https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

4 Da liberdade de expressão

4.1 Liberdade de expressão nos tratados internacionais

Nas sociedades democráticas, existe pouca ou nenhuma discussão sobre a importância da liberdade de expressão. Logo, violações a este direito põem em xeque a própria democracia. Segundo Canotilho, a liberdade de expressão é um dos “direitos constitutivos do próprio princípio democrático”³¹. Neste sentido, Branco ainda assevera que “A liberdade de expressão, é, então, enaltecida como um instrumento para o funcionamento e a preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)”³².

Historicamente, a liberdade de expressão foi consagrada em 1789 pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³³, em seu art. 10º, o qual estabelece que nenhuma pessoa pode ser molestada por expressar as suas opiniões, incluídas as religiosas, desde que estas não perturbem a ordem pública. Ainda nesta mesma Declaração, está previsto no art. 11º o direito de poder expressar livremente o seu pensamento, sabendo, porém, que este responderá por eventuais abusos. Esta primeira declaração é, portanto, um marco da liberdade de expressão, e continua hoje sendo uma garantia para os regimes democráticos³⁴. Com o passar do tempo, este direito foi sendo discutido e incluído nas constituições nacionais e nos mais diversos tratados internacionais. Dentre eles, citemos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 19º³⁵; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1976, art. 19º, inciso 2º³⁶; a Declaração Americana dos

constitucional.htm. Acesso em 11/09/23

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 290.

32 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010c. p. 451.

33 <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> acesso em 31/08/23

34 CAÑIZÁLEZ, Andrés. Democracia y libertad de expresión. In: CORREA, Carlos et al. (Coord.). *Libertad de expresión: una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*. Caracas: Los Libros de el Nacional, 2007. p. 16.

35 Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 31/08/23.

36 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1976. Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> acesso em 31/08/23

Direitos e Deveres do Homem de 1948, art. 4º³⁷; a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecida como o Pacto de San José, de 1969, art. 13º³⁸, e, finalmente, o Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH) de 1950, art. 10º³⁹.

Podemos perceber que os tratados internacionais seguem a mesma linha para garantir a liberdade de expressão, sendo está definitivamente uma liberdade que todas as pessoas têm para expressar suas ideias, pensamentos, opiniões, ideologias e crenças, por qualquer meio, sem consideração de fronteiras, assim como para buscar informações. Neste sentido, a liberdade de expressão possibilita um intercâmbio de informações e de comunicação entre as pessoas. Cabe, entretanto, observar que não temos por objetivo esgotar este tema, de modo que não pretendemos neste trabalho estudar todas as facetas que o definem, nem todos os efeitos que ele pode provocar.

4.2 Conteúdo, formas de manifestação da liberdade de expressão e as possibilidades de restrições

Em um primeiro momento, podemos defender que a liberdade garantida ao cidadão de pensar e de se expressar está relacionada a uma série de liberdades particulares. Assim, a liberdade de opinião, está ligada ao seu ambiente, ou ao momento histórico, e envolve ainda crenças e ideologias, as quais podem mudar com o passar do tempo. Neste sentido, a liberdade de pensamento e de opinião pode ser dividida em dois aspectos: o primeiro é o aspecto interno, que constitui o ato de pensar e de formular uma opinião livremente, enquanto o segundo, o aspecto externo, ocorre quando o cidadão que formou livremente a sua opinião, demonstra publicamente a sua posição⁴⁰.

Segundo Branco, a liberdade de expressão garante ao indivíduo a possibilidade de expressar toda e qualquer opinião, convicção, comentários, avaliação ou julgamento a respeito dos mais variados temas, sejam eles

37 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 Disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/wp-content/uploads/sites/35/2020/07/DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>

38 Convenção Americana dos Direitos Humanos (*Pacto de San José*). San José - Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm acesso em 31/08/23

39 Convênio Europeu de Direitos Humanos Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por acesso em 31/08/23.

40 Neste sentido dentre tanto ver: ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, op. cit., p. 300-301.

públicos ou não, ou ainda acerca de qualquer pessoa. Este seria o conceito amplo da liberdade de expressão, que está de acordo o entendimento do TC Espanhol.⁴¹. Contudo, impende ressaltar que esta liberdade pode ser restringida se as manifestações e opiniões, dentre outras formas de expressão do pensamento, estiverem colidindo com outro direito fundamental, ou com outros valores constitucionalmente garantidos⁴².

Cumpre, portanto, observar que a amplitude desta liberdade pressupõe uma multiplicidade, tanto do conteúdo, como das formas e das motivações⁴³. Neste sentido, podemos observar que a liberdade de expressão, como direito garantido a todos os cidadãos, se concretiza quando estes podem expressar seus pensamentos, ideias, crenças, opiniões ou juízo de valor, inclusive quando estas manifestações se realizam no ambiente de trabalho.

Os meios de manifestação deste direito compreendem, de um modo geral, todas as formas possíveis de expressão, como a palavra, a imagem, as mensagens, através de qualquer meio de comunicação. Além do mais, a livre manifestação do pensamento abrange também uma dimensão de liberdade negativa⁴⁴, pois o indivíduo tem o direito ao silêncio, ou o direito de não manifestar suas opiniões, pensamentos, ou ideias, podendo então preferir não se pronunciar ou não partilhar opiniões sobre um determinado tema⁴⁵.

É imperioso ressaltar que os direitos fundamentais não são absolutos, e que, portanto, podem ser restringidos diante de uma colisão com outros direitos ou valores constitucionalmente garantidos. Estas restrições podem ser (i) diretamente constitucional: a própria Constituição estabelece as condições para que o indivíduo possa exercer o seu direito; (ii) indiretamente constitucional, o texto constitucional autoriza o legislador a estabelecer as restrições e (iii) não expressamente constitucionais. Todavia,

41 ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. STC nº 04/1996, de 16 de enero de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 43, 19 fev. 1996. p. 12-17. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1996-3623.pdf>. Acesso em: 28 out. 2012).

42 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie, op. cit., p. 451.

43 Neste sentido ver: MACHADO, Jonas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão*: op. cit., p. 419.

44 Neste sentido, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, op. cit., v. I, p. 572; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, op. cit., t. I, p. 847.

45 Neste sentido dentre tantos: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, op. cit., t. I, p. 848; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, op. cit., v. I, p. 572; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie, op. cit., p. 451.

em qualquer situação, o entendimento é de que se deve manter um núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, ele não pode ser restringido de tal forma que tenha o seu sentido totalmente esvaziado.

Assim, pode-se concluir que a liberdade de expressão também pode ser limitada se atingir a honra, a dignidade ou mesmo a democracia. É imperioso lembrar que no código penal existem crimes tipificados, como os crimes de injúria, difamação e calúnia, que também impõem a limitação à liberdade de expressão, assim como outros direitos fundamentais que podem colidir com a liberdade de expressão.

5 Considerações finais

O estudo dos direitos fundamentais constitui um tema cada vez mais relevante para toda a sociedade, uma vez que tem por objetivo a proteção dos direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos. A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, e está ligada ao direito de manifestar livremente seus pensamentos, sem medo de retaliação ou censura, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Não há que se falar em democracia, sem liberdade para expressar pensamentos e ideias. Contudo, tal liberdade não pode se sobrepor a outros direitos constitucionalmente garantidos. Portanto, o exercício da liberdade de expressão não pode se dar de forma absoluta, suas limitações decorrem da colisão com direitos fundamentais de terceiros, os quais também são garantidos.

A ideia precípua é utilização do respeito e da empatia como norteadores do uso deste direito. Caso contrário, o próprio ordenamento jurídico prevê sanções tanto na esfera cível quanto criminal para eventuais abusos deste direito.

Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na**

constituição portuguesa de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à constituição federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010c. p. 441-516.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. p. 257-306.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, DF: Senado; 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CONVENÇÃO Americana dos Direitos Humanos (*Pacto de San José*). San José - Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 31/08/23.

CONVÊNIO Europeu de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention>. Acesso em 31/08/23.

PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1976. Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> acesso em 31/08/23.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/wp-content/uploads/sites/35/2020/07/DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos..> Acesso em 07/09/23.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. STC nº 04/1996.

Boletín Oficial del Estado, Madrid, n. 43, 19 fev. 1996. p. 12-17.
Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1996-3623.pdf>. Acesso em: 28 out. 2012.

GURRÍA, José Juan Anzurures. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México, n. 22, p. 1-51, 2010. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/22/ard/ard1.pdf>. Acesso em: 19 set. 2012.

HASSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20 ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MACHADO, Jonas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. verif. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. t. I.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 1998.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26^a Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2006.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM HUMANITÁRIA NA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS

Caroline Ferrari Costa¹

1 Introdução

A questão da descriminalização do uso de drogas tem sido debatida há muito tempo no Brasil. Com um número crescente de usuários e uma política de combate ao tráfico que muitas vezes resulta em violência e encarceramento em massa, a necessidade de uma nova abordagem na política de drogas se tornou evidente.

Não há dúvidas que o assunto está presente em grandes debates nas frentes políticas de todo país, considerando-se que é pauta de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, que iniciou sua votação em 2015. Cumpre ressaltar que, desde o aporte do recurso na suprema corte, há oito anos atrás, foram proferidos seis votos, sendo cinco a favor da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e um desfavorável, assunto que será melhor abordado ao longo da presente pesquisa.

Necessário também se atentar para a realidade atual do combate às drogas: a repressão ocorre frequentemente em classes sociais mais baixas e população negra, trazendo aos olhos o marcante racismo estrutural na aplicação da lei. Neste ponto, importante destacar que a resposta dada pelo Estado é constantemente desastrosa, para não dizer fracassada, enquanto garantidor dos direitos dos cidadãos e exclusivo delegado da tutela penal. Ainda, a abordagem repressiva adotada pela política de combate às drogas tem sido ineficaz e danosa, resultando em sobrecarga do sistema judicial e prisional.

Neste texto, percorreremos os principais argumentos a favor e

¹ Bacharel em Direito, especialista em Direito Penal e Processo Penal, licencianda em Ciências Sociais, advogada, e-mail: carolineferrariadvocacia@gmail.com.

contrários à descriminalização, trazendo os posicionamentos já declarados em sede de julgamento do recurso extraordinário do Tema 506 – STF, bem como analisaremos a situação atual do encarceramento em razão das atuais políticas públicas de combate às drogas na sociedade brasileira.

2 Argumentos trazidos na discussão do recurso extraordinário

Em um primeiro momento, importante mencionar qual a discussão trazida no processo que está sendo julgado no STF: trata-se de um recurso extraordinário, com repercussão geral, o qual debate a constitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal. A decisão do Supremo deverá definir se tal artigo está em consonância com o texto constitucional, determinando, assim, se o usuário de drogas deve ou não ser tratado como um criminoso.

Nos autos originários, a Defensoria Pública interpôs recurso extraordinário em razão da manutenção da sentença condenatória de seu assistido, o qual foi abordado na posse de pequena quantidade de drogas (cerca de três gramas de maconha). Em seus argumentos, alega a defesa que tal decisão de condenação pelo crime previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, viola diretamente a Constituição Federal, especificamente o seu artigo 5º, inciso X, que preconiza: “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”.

Em sua fundamentação, a defesa pondera que tal crime ofende o princípio da intimidade e da vida privada e, por conseguinte, o princípio da lesividade, previsto no Direito Penal. Os preceitos constitucionais da intimidade e da vida privada garantem ao indivíduo autonomia, facultando àquele sujeito a fazer suas próprias escolhas. Tal autonomia privada tem limites, estabelecidos pelo reflexo que a atitude individual pode gerar em outrem. Desta forma, apenas quando bens jurídicos de terceiros sofrerem dano ou perigo de dano, é que se torna legítima a intervenção penal, transpassando, nesse caso, a individualidade do agente.

Portanto, o ato de consumir substância entorpecente traria potencial lesão exclusivamente para seu usuário, não podendo tal conduta ser considerada delituosa, visto tratar-se apenas de autolesão, não punível.

Por outro lado, temos as argumentações do Ministério Público, o qual afirma que o bem tutelado, no caso em questão, é a saúde pública, exposta a perigo pelo porte da substância proibida, tendo em vista que

o usuário propaga o vício no meio social. A simples aquisição, guarda ou transporte de tais substâncias já implicaria em um risco abstrato juridicamente relevante.

Entende, ainda, o órgão de acusação, que a aquisição de drogas para uso favorece o plantio, a comercialização e o tráfico de drogas, além de fomentar outras condutas ilícitas relacionadas ao tráfico, como homicídios, lesões corporais, porte ilícito de armas, lavagem de dinheiro e organizações criminosas, afrontando, assim, outros direitos constitucionalmente relevantes, como a segurança e saúde públicas e o dever de prestação estatal. Para a acusação, deve haver a ponderação racional dos princípios constitucionais envolvidos, considerando que o direito à liberdade e à intimidade deve ser mitigado, quando em conflito com o direito à vida, à segurança e à saúde.

3 Votos dos Ministros do STF no tema 506

O tema 506 trata-se do recurso extraordinário no qual se discute a compatibilidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, com os ditames constitucionais da intimidade e da vida privada. Tal julgamento originou-se em uma ação criminal denunciada pelo Ministério Pùblico, tendo como fato a apreensão de cerca de três gramas de maconha em poder do acusado. O denunciado foi condenado em primeira instância e, após apelar, teve sua condenação mantida pelo tribunal, em segunda instância, sendo tipificado o crime de posse de drogas para consumo pessoal.

A defesa interpôs recurso extraordinário e foi reconhecida a repercussão geral da matéria, em dezembro de 2011. Após alguns andamentos e ingresso de várias organizações nos autos, como “amicus curiae”, o Relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, proferiu seu voto, dando provimento ao recurso extraordinário, em agosto de 2015. Em setembro seguinte, os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso proferiram seus votos, este dando provimento e aquele parcial provimento ao pedido da defesa. Na mesma oportunidade, o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, permanecendo o placar paralisado até o voto pelo provimento, dado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no início de agosto de 2023. Já no final de agosto de 2023, o Ministro Cristiano Zanin votou pelo desprovimento do recurso e a Ministra Rosa Weber pela procedência do pedido. Nesta oportunidade, o Ministro André Mendonça pediu vista do processo, novamente paralisando a votação.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, em 2015, opinou pela constitucionalidade do artigo debatido, sustentando que tratar como crime a posse de drogas para consumo próprio fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações. Em 2023, o Ministro reajustou seu voto para restringir a declaração de constitucionalidade às apreensões relativa à substância conhecida como maconha.

O Ministro Edson Fachin opinou pela descriminalização apenas do uso da maconha, vez que o caso concreto analisado se trata exatamente desta substância. Segundo o Ministro, cabe ao Congresso Nacional definir os parâmetros legislativos que diferenciarão usuários de traficantes, mas, diante da lacuna normativa, entende como necessária a ação do Judiciário, devendo o Legislativo definir posteriormente quais as quantidades e qualidades limítrofes para ser considerado consumo próprio.

Já o Ministro Roberto Barroso, que também votou pela descriminalização do porte da maconha para fins de consumo próprio, propôs a fixação pelo Judiciário de parâmetros de diferenciação dos usuários, sugerindo a quantidade de 25 gramas e até seis plantas fêmeas, observadas as demais circunstâncias da abordagem, destacando que tais critérios seriam apenas provisórios, até a definição pelo Congresso sobre o tema. Ainda, o Ministro destacou que devem ser debatidas formas de desincentivar o consumo, tratamentos dos dependentes e combate ao tráfico, ponderando que o Estado não pode interferir na autonomia e na liberdade do indivíduo, tratando-se, portanto, de norma constitucional.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes fundamenta que há excesso de discricionariedade para se determinar quem seria usuário e quem seria traficante, sugerindo que houvesse um parâmetro objetivo no que diz respeito à quantidade de droga apreendida, sugerindo a presunção como usuário daquele que for flagrado com 25 a 60 gramas de maconha e que tenha até seis plantas fêmeas. O Ministro realçou a distinção do tratamento de indivíduos de diferentes etnias, classes sociais e nível de alfabetização, quando abordados na posse de pequenas quantidades de drogas, bem como enfatizou a diferença de classificação do crime em Estados e Municípios diversos. Enfatizou que classificar uma substância que não gera nenhum risco à saúde pública como entorpecente é constitucional.

O Ministro Cristiano Zanin, indo em caminho inverso dos pares que já haviam apresentado voto, opinou pela constitucionalidade da norma contida na Lei de Drogas, afirmando que ela dispõe de parâmetros

relativamente objetivos para diferenciar o usuário do traficante. O Ministro acentuou que a desriminalização do uso da droga gerará problemas jurídicos e pode agravar ainda mais a situação de combate às drogas no país.

A Ministra Rosa Weber, em consonância com os votos pela desriminalização da maconha já declarados, alertou que a mera conduta de trazer consigo entorpecentes para consumo próprio não tem como bem jurídico tutelar a saúde pública, pois ela somente estaria em risco potencial se partíssemos do pressuposto de que todo usuário é um traficante em potencial e que cometerá delitos para a satisfação de seu uso, devendo prevalecer, nesse ponto, a autonomia e o direito à privacidade.

Ainda pendente os votos dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Nunes Marques e André Mendonça, bem como a Ministra Cármem Lúcia, havendo matematicamente maiores chances de se concluir pela inconstitucionalidade da norma.

4 Política de combate às drogas

A chamada “guerra às drogas” tem sido amplamente criticada quanto à sua eficácia, pois, apesar de criminalizado o porte e o tráfico de entorpecentes, o mercado e o uso das substâncias continuam a crescer. Atualmente, o combate às drogas alimenta uma série de problemas sociais, como o aumento da criminalidade, disputas entre traficantes e corrupção policial. Ao desriminalizar o uso e redirecionar os recursos para a prevenção e tratamento, é possível diminuir o poder do tráfico e reduzir a violência relacionada às drogas.

A desriminalização cria a oportunidade de tratar o uso de drogas como uma questão de saúde pública, e não de criminalidade. Em vez de prender e encarcerar usuários, é fundamental oferecer apoio e tratamento para aqueles que enfrentam problemas relacionados ao vício, buscando uma abordagem fundada em princípios da saúde pública e direitos humanos.

Importante ressaltar que desriminalizar é diferente de legalizar: o que temos em mente é deixar de tratar usuários como criminosos e retirar o problema da esfera penal. A criminalização sobrecarrega o sistema de justiça, levando a altos custos operacionais e a superlotação carcerária. Ao desriminalizar o uso, é possível desafogar o sistema e permitir que ele se concentre em questões mais urgentes. Isso também contribui para uma abordagem mais justa, onde o foco é no tratamento e na reinserção social

do indivíduo, em vez da punição.

No entanto, o que notamos é a manutenção, até a vigente previsão legislativa, da proibição da posse de drogas para uso, ainda que afastada a possibilidade de pena privativa de liberdade. A necessidade de se proibir ainda é o foco estatal, exercido sob o manto do controle social, em estratégias de enfrentamento de condutas criminalizadas. Assim, passa-se a identificar os envolvidos como “criminosos”, “delinquentes”, “inimigos”, estigmatizando toda uma parcela populacional moralmente não aceita e justificando o combate com medidas mais rigorosas, a eles sendo negados direitos plenamente reconhecidos à população então aceita. Considerando esta visão, é necessário repensar a forma de lidar com o problema de uso de drogas, tendo em vista que a ação estatal atual está enraizada de discriminações.

A ausência de parâmetros objetivos para distinção do usuário de drogas do traficante impacta radicalmente nas populações mais vulneráveis (pobres e negros), em razão da discricionariedade judicial. Se o objetivo da “guerra às drogas” for exatamente encarcerar pessoas pobres, pode-se dizer que a ação é um sucesso; quanto ao propósito de redução do uso de drogas, aí a atuação estatal é um fracasso.

Verifica-se na atuação policial, a qual reflete toda uma estrutura judicial brasileira, a permanência de um estereótipo na construção de “suspeitos”. A seletividade do sistema como um todo é marcada pelo punitivismo, que se dedica à execução da população negra e pobre, como ferramenta de controle social de minorias.

Apesar do mito da democracia racial e da cordialidade brasileira, o racismo estrutural no Brasil formata o controle social e as políticas de repressão, e ganha especial destaque na política criminal de drogas, com reflexos no superencarceramento de pessoas negras. Nota-se a continuidade entre o navio negreiro, a senzala, as favelas e as celas da prisão como espaços destinados aos negros na perspectiva do controle social em uma sociedade racista, de passado escravocrata, que lhes nega direitos. (BOITEUX, 2019, parte 1).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 12 de fevereiro de 2021, relatório sobre a situação brasileira em tema de Direitos Humanos, trazendo, entre os vários dados lá contidos, informações mais atualizadas sobre pessoas em situação de privação de liberdade no país. Como já era de se esperar, diante da histórica discriminação racial vivenciada no Brasil, a população afrodescendente é predominante nas prisões nacionais:

Como a Comissão já se pronunciou, o Brasil enfrenta um problema de discriminação racial estrutural histórico, que coloca as pessoas afrodescendentes em um processo de inequidade e exclusão. Em particular, a Comissão observa com extrema preocupação a predominância de pessoas afrodescendentes no sistema penitenciário, que constituem 65,9% do total da população carcerária. Esse dado demonstra que a discriminação racial enfrentada por essas pessoas também faz com que elas sejam mais propensas a serem encarceradas. (CIDH, 2021, p. 64).

Ainda em dados trazidos no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é possível observar que os grupos mais afetados pelas violações do direito à segurança cidadã são os grupos mais vulneráveis por marcadores étnico-raciais e de classe:

As pessoas afrodescendentes, especialmente jovens do sexo masculino e de origem familiar pobre, figuram como vítimas preponderantes de atos de violência letal intencional, grande parte dos quais são cometidos em contexto de ação policial. Tal desigualdade é reproduzida ou mesmo ampliada pela atuação do sistema de justiça criminal: por um lado, é crônica a impunidade dos crimes cometidos contra essas populações mais vulneráveis; e, por outro, é desproporcional o impacto do aparato repressivo do Estado contra essas mesmas populações. Os jovens afrodescendentes e pobres também formam o maior contingente da população prisional e de unidades do sistema socioeducativo, onde com frequência são vítimas de tortura e maus-tratos. Permanecendo impunes, tais violações cometidas por agentes de segurança pública atingem um caráter estrutural, sistemático e generalizado em todo o país. (CIDH, 2021, p. 188).

Observa-se que o discurso adotado pelo Brasil na diferenciação do usuário e do traficante é que este é tratado como delinquente, enquanto aquele é tratado como doente. Porém, esta distinção penal é seletiva e discricionária, frequentemente assumindo aspectos sociais e raciais, que fica a cargo da interpretação dos agentes da lei. Logo, a pessoa branca é tratada como usuário, enquanto o negro e aquele que mora em favela ou periferia são vistos como traficantes, confirmando que a tipificação penal tem cor e endereço.

No entanto, observa-se que o superencarceramento não é capaz de reduzir as estatísticas criminais, nem mesmo desarticular o crime organizado, já que quase a totalidade de presos são pequenos varejistas. A violência estatal e a organização penal parece ser a única política social aplicável aos negros e pobres, mostrando-se, claramente, tratar-se de combate às pessoas, e não às drogas.

Nesse sentido, se observarmos que as discussões que envolvem a

liberação da maconha para fins terapêuticos vêm avançando com certa velocidade, podemos perceber que o que se pleiteia aí é beneficiar a parcela da população que já é beneficiada pela atuação estatal, qual seja, pessoas brancas. No momento que a população mais favorecida se vê diante de uma possibilidade de melhoria dos próprios direitos, rapidamente encontramos a flexibilização da norma. De uma forma geral, toda a cadeia de discussão e produção de uma norma ou entendimento sobre esse assunto será feita por grupos de pessoas predominantemente brancos, em favor de seus próprios interesses. Daí a necessidade de se trazer ao debate quanto a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoas aquelas pessoas diretamente afetadas pela aplicação da lei.

5 Considerações finais

A descriminalização do uso de drogas é um tema complexo, mas é importante considerar as evidências e os benefícios que essa abordagem pode trazer para a sociedade. Reduzir a violência, mudar o foco para a saúde pública e aliviar o sistema de justiça são apenas alguns dos pontos positivos que poderíamos alcançar. No entanto, é necessário implementar medidas de regulamentação e prevenção, para mitigar os riscos associados ao consumo de drogas.

A descriminalização é um passo em direção a uma política de drogas mais humana, centrada no bem-estar dos indivíduos e da sociedade como um todo. É fundamental compreender a importância de se afastar da visão puramente punitiva ou proibitiva e adotar uma abordagem humanitária, garantindo os direitos e a saúde dos indivíduos em questão.

Nesse sentido, é necessário termos nas discussões sobre o tema assuntos que abordem o racismo, a desigualdade e a criminalização da pobreza, trazendo modelos alternativos que garantam a participação daqueles diretamente afetados pela atual política. Mais do que isso, é necessário investir em políticas sociais que busquem reparar toda a estrutura falha da criminalização dos grupos étnico-raciais, trazendo todos estes cidadãos para a esfera de proteção individual humana.

Embora a criminalização seja a mesma para toda a população, o que vemos é uma aplicação legal seletiva. Daí a importância de se remodelar uma política de drogas que combata o racismo, trazendo uma oportunidade de se afastar as próximas gerações de uma cultura cíclica de violência estatal, o que só ocorrerá quando a discussão se tratar de direitos

humanos.

Referências

- ANGELO, Tiago. **Desriminalização do porte de drogas para uso próprio volta a ser julgado pelo STF**. Publicado em 16 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-16/agosto-stf-volta-julgar-desriminalizacao-ponte-drogas-consumo-proprio>. Acesso em: 05 set. 2023.
- AVELAR, Leonardo Magalhães. HALPERIN, Daniela. **Desriminalização do porte de drogas para consumo pessoal em pauta no STF**. Publicado em 01 jun. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-01/avelar-halperin-ponte-drogas-consumo-pessoal>. Acesso em: 05 set. 2023.
- BOITEUX, Luciana. **A proibição como estratégia racista de controle social e a guerra às drogas**. Publicado em 01 ago. 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-proibicao-como-estrategia-racista-de-controle-social-e-a-guerra-as-drogas/>. Acesso em 07 set. 2023.
- BRASIL, Angélica. Gilmar Mendes vota por desriminalizar porte de maconha de uso pessoal. Publicado em 24 ago. 2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/gilmar-mendes-vota-por-desriminalizar-ponte-de-maconha-de-uso-pessoal/>. Acesso em: 05 set. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635659/SP. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.35659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 05 set. 2023.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Publicado em 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 05 set. 2023.

FEITOSA, Diógenes Freire. **Voto de Zanin contra descriminalização das drogas enfurece militantes da esquerda.** Publicado em 25 ago. 2023. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/voto-de-zanin-contra-descriminalizacao-das-drogas-enfurece-militantes-da-esquerda/> Acesso em: 05 set. 2023.

KARAM, Maria Lucia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/drogas_legisla%C3%A7%C3%A3o_brasileira_e_viola%C3%A7%C3%B5es_a_direitos_fundamentais.html. Acesso em: 05 set. 2023.

MENDES, Lucas. **Entenda os votos dos ministros do STF no julgamento sobre descriminalização das drogas para consumo.** Publicado em 01 jun. 2023. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-os-votos-dos-ministros-do-stf-no-julgamento-sobre-descriminalizacao-das-drogas-para-consumo/#:_text=O%20ministro%20Edson%20Fachin%20votou%20para%20descriminalizar%20s%C3%B3,justificar%20a%20restri%C3%A7%C3%A3o%20do%20entendimento%20s%C3%B3%20maconha. Acesso em: 05 set. 2023.

REPENSANDO as drogas. **Juízes e políticos: o STF e a constitucionalidade do uso de drogas.** Publicado em 11 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-agosto-11/repensando-drogas-juizes-politicos-stf-constitucionalidade-uso-drogas>. Acesso em: 05 set. 2023.

SÃO PAULO. Ministério Público Federal. **Parecer 8467/WG em recurso extraordinário 635659/SP.** Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 31 mai. 2011. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/documento/2023-01/re_635659_art_28_manifestacao_pgr_sp.pdf. Acesso em: 05 set. 2023.

UOL. Moraes forma 4 a 0 no STF para descriminarizar porte de maconha para uso pessoal; veja voto completo. Youtube, 02 ago. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Ln96uyee_GI. Acesso em: 05 set. 2023.

UOL. STF ao vivo: Mendonça pede vista; Rosa Weber antecipa voto sobre porte de drogas; placar está 5x1. Youtube, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UM85s0Gpv1Y>. Acesso em: 05 set. 2023.

Capítulo 24

OS DIREITOS SOCIAIS E A (IM) POSSIBILIDADE DE RETROCESSO

Ana Flávia Machado¹

Neiva Schuvartz²

Amanda Luíza Souza³

*A dor e o sofrimento humanos provocados pela miséria
e pela privação não se resolve com uma deserção do
Estado, embora também não se solucione pondo no
Estado toda a esperança. (Alexandre O’Neil)*

1 Introdução

A revolução popular em Versalhes, também conhecida como Revolução Francesa, que ocorreu no ano de 1789, culminou dentre outras coisas na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem

-
- 1 Mestra pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE); especialista em Direito Administrativo; graduada em Direito pela faculdade Dom Helder Câmara em Belo Horizonte. Atua como advogada, consultora jurídica e professora universitária (cursos de Graduação e Pós-Graduação); atualmente exerce a função de Relatora da Comissão de Admissibilidade e Instrução do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB -MG).
 - 2 Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (diploma reconhecido pela Universidade de São Paulo-USP); especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Milton Campos; especialista em Negócios Internacionais pela Faculdade PUC Minas; graduada em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte e graduada em Psicologia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Atualmente é coordenadora geral dos cursos de Pós-Graduação e de extensão da UNIFEMM, coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Previdenciária e Direito Processual do Trabalho e do Direito civil, Consumidor e Processual Civil do Centro Universitário da UNIFEMM; Participa do grupo de estudo: Relações de Trabalho e Sindicismo da PUCRS; participa do grupo de estudos IPCPT da Milton Campos, é sócia - Schuvartz Guimarães Advogados.
 - 3 Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito/IBMEC de São Paulo; pós-graduada em Direito Familiar e Sucessório pela Escola Superior de Advocacia da OAB Minas Gerais; graduada em Direito pelo Centro Universitário Monsenhor Messias de Sete Lagoas/UNIFEMM; Advogada, sócia-fundadora do Escritório de Advocacia Souza & Guimarães, inscrita na OAB/MG, sob o número 170.113, a nível nacional com atuação nas áreas de Direito Civil, Empresarial e Trabalhista; Professora universitária nos cursos de Pós Graduação; Membro de Comissões de Ordem na OAB subseção Sete Lagoas/MG de 2016-2019 e Delegada da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais de 2020-2023.

e do Cidadão, marco histórico na garantia dos direitos individuais e coletivos, desde então as exigências sociais se intensificaram e a luta por igualdade ganhou força.

Anos depois, finda a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo se viu diante da necessidade de discutir alicerces ideológicos que pudessem evitar guerras, promover a paz e a democracia, e fortalecer os direitos humanos. Para tanto, fora assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na Assembleia Geral, que ocorreu dia 10 de dezembro de 1948, em Paris (França). Nela os governos se comprometeram, juntamente com seus povos, a tomarem medidas contínuas para garantir o reconhecimento e efetivo cumprimento dos direitos humanos.

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 (CFRB/88) seguiu a tendência protecionista de tais declarações, não apenas no reconhecimento formal dos direitos fundamentais, mas também na consagração de instrumentos para sua efetiva proteção. Assim, a atual Constituição ficou conhecida como “constituição cidadã”, título recebido pela preocupação desta, em preservar veemente a dignidade da pessoa humana.

De tal preocupação com os direitos sociais, surgiu a necessidade de se proteger um mínimo existencial, um núcleo imutável que não fosse passível de retrocessos. Isto é, um óbice a medidas e leis que eventualmente venham a limitar ou a suprimir direitos fundamentais; por outro lado, surge o desafio estatal de dar efetividade e maior alcance aos direitos sociais, o que resulta no debate acerca da possibilidade ou impossibilidade de retrocesso dos direitos sociais.

2 Dos princípios da reserva do possível e do não retrocesso social

O objetivo dos direitos sociais adquiriu um novo sentido, estes não visam mais apenas a redução das diferenças de classe. Hodiernamente, os direitos sociais não são mais a mera tentativa de eliminar o ônus evidente que representa a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade, mas assumem o aspecto de ação, modificando o padrão total da desigualdade social. Já não se contenta mais em elevar o nível do piso do porão do edifício social, deixando a superestrutura como se encontrava antes⁴. Há uma busca

⁴ MARSHALL, T.H. Cidadania e classe social. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos-CEE/MCT, 2002, p. 40.

constante de maior igualdade e justiça social, efetivada por meio de ações estatais e políticas públicas.

Ao analisarmos as políticas públicas, há que se levar em consideração o princípio da Reserva do Possível, que pode ser concebido partindo do pressuposto que “a efetividade dos direitos sociais e as prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”⁵.

Assim não se pode olvidar que os direitos condicionados a prestação pelo Estado encontram limites nos recursos públicos disponíveis. Sendo assim ao pleitear o acesso a direitos sociais não se pode desconsiderar o impacto no erário. Entretanto, não se pode banalizar tal princípio, uma vez que este não tem a finalidade de exonerar o Estado de suas obrigações amparados pelo argumento de falta de recursos.

Portanto, é preciso ponderar, que o princípio da reserva do possível não se reveste do caráter absoluto que alguns juristas pretendem atribuir-lhe, à consideração principal de que, sendo a saúde um direito que se relaciona com a garantia da vida e da dignidade humana, pertence ao Judiciário, no âmbito do controle do devido processo legal, de cunho substantivo, impedir que seja violado por meio de qualquer processo, por mais razoável que seja, e que fique à mercê dos poderes Legislativo e Executivo.⁶

Caso contrário, a reserva do possível significaria: a) a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; b) a ‘tendência para o zero’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais; c) a gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros; d) a insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais⁷.

Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial, que defende que o Estado deve garantir o “mínimo existencial”, ou seja, os direitos básicos dos cidadãos, considerando sempre o binômio necessidade x possibilidade, tanto do Estado, quanto daquele que pleiteia a prestação estatal. É possível constatar que a efetivação de direitos sociais encontra diversos obstáculos,

5 SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.14

6 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 2^a ed. Revista ampl. e atual. Salvador: Juspodivm: 2010, p. 750-751

7 Ibidem, p. 750-751).

quais sejam: a ausência de recursos, bem como de ausência de políticas públicas ou de descumprimento das existentes⁸.

Os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtidos passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade factiva), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana⁹.

O princípio da proibição do retrocesso social (ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais), embora não esteja de forma explícita na Constituição Federal de 1988 já é reconhecido como uma vedação à supressão ou a redução de direitos fundamentais sociais a níveis inferiores aos já alcançados. Este princípio, pode ser entendido, como a resistência à reversibilidade de leis ou medidas do poder público que concederam benesses sociais e que posteriormente visem suprimir ou reduzi-las.

O Estado Social¹⁰ contribuiu significativamente para a melhoria das condições de vida do ser humano, primordialmente dos despossuídos de riquezas. Ele se traduz numa grande conquista dos cidadãos, eis que agregou os ideais de democracia, liberdade, valorização do ser humano e do trabalho. Ele se desenvolveu fundamentalmente na segunda metade do século XIX, a partir das organizações sindicais e políticas dos trabalhadores, juntamente com o início de políticas sociais implementadas pelos Estados¹¹, tais como a ampliação dos serviços públicos, abrangendo as áreas de educação, previdência social, renda, habitação, dentre outros. Entretanto, para poder proporcionar o que estava oferecendo aos cidadãos,

8 SILVA, Suzana Tavares, Direitos fundamentais na Arena Global, Coimbra, 2006, p. 24.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

10 Segundo F. Xavier Merrien, “existem dois grandes modelos: o de inspiração alemã, bismarkiano, corporativo (no qual a solidariedade se manifesta no plano horizontal e as contribuições são geridas pelos parceiros sociais) e o de inspiração britânica, beveridgeano, universalista (no qual a solidariedade se manifesta no plano vertical e as contribuições são geridas pelo Estado)”, *apud* GOMES, Carla Amado, “Estado Social e Concretização de Direitos Fundamentais na era Tecnológica: Algumas verdades inconvenientes”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII-2010 Especial, p. 20.

11 DELGADO, Maurício Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos (organizadores), *O Estado do Bem-Estar Social no Século XXI*, São Paulo LTR, 2007, p. 20.

o Estado passa a intervir¹² na área econômica, visando assegurar a geração de riquezas materiais, e reduzir as desigualdades sociais. A obrigação do Estado em fornecer assistência e apoio aos que caíram na miséria torna-se um importante veículo para a paz e democracia dos Estados¹³.

O Estado Social traz para si a responsabilidade de garantias materiais, através de prestações principalmente, mas não somente de direitos fundamentais para uma existência humana condigna¹⁴. Temos, portanto, a passagem de um Estado mínimo, o liberal, o qual garantia aos cidadãos apenas a sua segurança e a propriedade, para um Estado máximo, que acompanha o indivíduo por toda a vida, mantendo-o amparado pela providência estadual¹⁵.

Todavia, essa transição acarreta um problema tormentoso, qual seja, o de que a concretização de direitos sociais que eliminem da vida dos trabalhadores as dificuldades na manutenção de suas necessidades, notadamente alimentação, saúde, educação, e habitação, depende fundamentalmente da obtenção de recursos financeiros para que seja atingido esse objetivo.

É de frisar que este dilema deriva do fato de que determinados direitos sociais se incorporam de forma definitiva no patrimônio do cidadão, não somente por força de preceitos constitucionais, como também de disposições legais, exigindo assim, que o Estado propicie os recursos necessários e suficientes ao seu exercício.

É sabido que a proteção de direitos fundamentais sociais é permanente e em regra não poderá retroceder. O referido princípio objetiva garantir que direitos sociais e econômicos não sejam eliminados, e deve

12 Foi, todavia, depois da segunda Guerra Mundial, que se conseguiu assumir positivamente o intervencionismo econômico do estado, compatibilizando-o com o estado de direito e com o estado democrático. O que conduziu ao estado social de direito ou, para nos referirmos à União Europeia, ao chamado *modelo social europeu*, que tanto êxito teve, embora presentemente comece a revelar sinais de crise. NABAIS, José Cassalta, "Reflexões sobre quem paga a conta do estado social", in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII-2010 Especial, p.53.

13 No período iniciado a partir da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social serviu como a mais importante fórmula de paz para as democracias capitalistas desenvolvidas. De início, esta fórmula de paz consiste, essencialmente, na obrigação explícita do mecanismo estatal de proporcionar assistência e apoio aos cidadãos que caem em miséria ou sofrem riscos especiais característicos das sociedades de mercado. (OFFE, 1991, p. 113). <http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/mareneoliberalcrise.html>, retirado da internet dia 20/11/2011, 19:57.

14 LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra, 2010. p.73).

15 GOMES, Carla Amado, "Estado Social e Concretização de Direitos Fundamentais na era Tecnológica: Algumas verdades inconvenientes", in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII 2010 Especial, p. 19.

colimar a garantia da proteção dos níveis da segurança social mais elevados. Assim, determinados direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, o direito à assistência e à educação¹⁶ passam a ter natureza subjetiva, incorporando-se ao patrimônio dos cidadãos, não podendo ser vulnerados por legislação superveniente. Como corolário dessa afirmação, tem-se que tais direitos sociais, muitos dos quais estão previstos apenas em lei, como, por exemplo, o subsídio-desemprego e o serviço social, em verdade estão protegidos constitucionalmente. Vale dizer, medidas que venham suprimir tais garantias sem colocar outras em seu lugar serão consideradas inconstitucionais.¹⁷

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas ocasiões como é o caso do julgamento do ARE 639.337, relatado pelo ministro Celso de Mello, que destaca: “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Atualmente, a questão cifra-se em garantir esses direitos sociais diante das crises econômicas que se sucedem. A globalização da economia está a determinar que os Estados promovam uma flexibilização de seu arcabouço legal com o claro objetivo de atrair investimentos. Ocorre, porém, que essas medidas podem se traduzir em redução de arrecadação, e mesmo diminuição do alcance de direitos sociais consagrados.

Tome-se como exemplo a pensão paga aos aposentados na Alemanha, que é considerada como propriedade do cidadão, e dele não pode ser retirada, sob pena de violação ao preceito contido no artigo 14 da

16 CANOTILHO, JJ Gomes, *Direito Constitucional e Direito da Constituição*, Almedina 2011, p. 338-339.

17 CANOTILHO, JJ Gomes, *Direito Constitucional e Direito da Constituição*, Almedina 2011, p. 340. 8 Ver neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang, “O Estado Social de Direitos, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: *Revista de Direito Social*, Sapucaia do Sul, v. 3, 2001, p. 28-45. 9 (!) dizia-se na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão (95), que a “reserva do possível” que afetava os direitos sociais os limitava – aquilo que o indivíduo podia razoavelmente existir da sociedade” NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2010, p. 90.

Lei Fundamental germânica. Com efeito, as sistemáticas constitucional e legal vigentes na Alemanha, bem assim a jurisprudência emanada do seu Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), consagraram o entendimento de que a garantia da propriedade abrange também os direitos subjetivos dos cidadãos relacionados à sua situação na sociedade.¹⁸ Não obstante, e em consonância com a corrente majoritária da doutrina alemã, Sarlet observa que não há que se falar em vedação absoluta de retrocesso social, diante da flexibilização das normas promovida pelo Estados com o escopo de se adequar às mudanças sociais e econômicas.

De fato, a Corte Constitucional alemã assentou o entendimento, no sentido de que os direitos sociais de natureza prestacional que imponham despesas ao Estado sujeitam-se à reserva legal, bem como à disponibilidade de recursos. Surgindo assim a expressão “reserva do possível”¹⁹. Tal entendimento foi consagrado no Acórdão relativo ao julgamento acerca do direito de acesso do cidadão alemão ao ensino público superior, no caso de não existirem vagas suficientes.

O Tribunal indeferiu o pedido de acesso irrestrito sob o fundamento de que a prestação reclamada deve corresponder ao que, numa visão razoável, o cidadão pode exigir da sociedade. Em outras palavras, a análise da razoabilidade leva em consideração o caso concreto, ou seja, as condições do indivíduo que postula o direito, assim como da responsabilidade do legislador, com base no orçamento, o qual levava em conta os custos da prestação exigida. Logo nas palavras de Novais, “a razoabilidade deriva da relação entre necessidade e possibilidade de prestação na situação concreta e das características particulares do titular do direito”²⁰

Neste mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Português, ao apreciar questões relacionadas ao alcance de direitos sociais fundamentais, assentou o entendimento de que o cidadão tem direito a um mínimo de subsistência condigna, o qual decorre do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, consagrado fundamentalmente no art. 1º da Constituição. Expoente dessa vertente jurisprudencial pode ser encontrado

18 Ver neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang, “O Estado Social de Direitos, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: *Revista de Direito Social*, Sapucaia do Sul, v. 3, 2001, p. 28-45.

19 “(!) dizia-se na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão (95), que a “reserva do possível” que afetava os direitos sociais os limitava – aquilo que o indivíduo podia razoavelmente existir da sociedade” NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2010, p. 90.

20 NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2010. p. 90.

no Acórdão 509/2002²¹, o qual reconhece o direito de o cidadão exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, mormente através de prestações sociais suficientes. Todavia, o mesmo aresto deixa claro que haverá, neste caso, uma certa discricionariedade por parte do legislador, na medida em que ele terá a necessária autonomia para modelar os instrumentos que assegurem o mínimo existencial ao cidadão²².

Tal discussão precisa ser trazida para o cenário brasileiro, a escassez do dinheiro público no Brasil é uma realidade conhecida por todos, somado a isso o Poder Público veem encontrando inúmeros desafios em gerir e dar efetividade às políticas públicas. Os direitos e garantias individuais são importantes conquistas que devem ser asseguradas, todavia far-se-á imperioso a reflexão sobre o impasse da ausência de recursos públicos versus as necessidades básicas dos cidadãos.

3 Considerações finais

Vale destacar que o Estado Social tem um custo de manutenção elevado, o que é um complicador na efetividade das garantias constitucionais. Nesse contexto, há que se ponderar que: de um lado embora tenhamos o princípio do não-retrocesso social que garante uma segurança mínima aos sujeitos, de outro temos o destino das gerações futuras que pode ser gravemente afetado em razão da má gestão por parte do Poder Público.

O retrocesso social tem como limitação a verificação de um mínimo de existência condigna, o qual se encontra constitucionalmente garantido. Nesse sentido, pode-se validamente concluir que o princípio ora em exame não é absoluto, isto é, possui determinadas limitações, de forma que o legislador não está totalmente manietado ao se deparar com uma situação conjuntural que imponha a adoção de medidas de austeridade.

Tais questões são complexas e exigem um debate atento e minucioso, pois interferem no núcleo existencial do indivíduo e podem gerar grande insegurança. Podemos então questionar, após este breve estudo, se o Estado Social ainda existe e, em caso afirmativo, até quando e a que custo o mesmo

21 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>, retirado da internet dia 19/01/2012.

22 Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulados em termos gerais ou de garantir em abstrato um status quo social. A liberdade de conformação do legislador e inerente a auto-reversibilidade têm como limite, o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente pelo respeito pela dignidade da pessoa humana (cf Ac. 509/2002, DR, I 12/2/2003) Canotilho, p. 340, Direito Constitucional e Teoria da Constituição.

será mantido? Como não retroceder em direitos sociais fundamentais e ao mesmo tempo garantir uma justiça intergeracional?

Na medida que as mudanças sociais são inevitáveis e cada vez mais rápidas e profundas, torna-se necessário que sejam estabelecidos mecanismos que permitam a manutenção do denominado mínimo existencial, constitucionalmente assegurado. Vale lembrar que os direitos e garantias individuais, por força do art. 60 §4º da CFRB/88, recebem proteção especial, sendo considerado, inclusive, clausula pétrea.

Assim, o retrocesso social deve ser analisado apenas em casos excepcionais e que justifiquem tal supressão. E quando for necessário retroceder, o ordenamento precisa garantir o mínimo que assegure a dignidade da pessoa humana, sob pena de banalizar o instituto, e ferir frontalmente as disposições constitucionais.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado; 1988

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Direito da Constituição**, Almedina 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CAUPERS, João. “A agonia do estado social”, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Ano VII-2010 Especial.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (organizadores). **O Estado do Bem Estar Social no Século XXI**. São Paulo LTR, 2007.

GOMES, Carla Amado. “Estado Social e a Concretização de Direitos Fundamentais na era Tecnológica: Algumas verdades inconvenientes”, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Ano VII-2010 Especial.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”**. Coimbra, 2010.

MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. “O Estado Social no Contexto Internacional e Europeu”, in: **Revista da Faculdade de Direito**

da Universidade do Porto, Ano VII-2010 Especial.

MARSHALL, T.H. **Cidadania e classe social**. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos-CEE/MCT, 2002.

NABAIS, José Cassalta, “Reflexões sobre quem paga a conta do estado social”, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Ano VII-2010 Especial.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2^a ed. Revista ampl. e atual. Salvador: Juspodivm: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. “O Estado social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, v. 3, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações”, Disponível em: http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf. Acesso em: setembro 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise”, in: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SILVA, Suzana Tavares. **Direitos fundamentais na Arena Global**. Coimbra, 2011.

Capítulo 25

A DECISÃO DO STF SOBRE JUIZ DAS GARANTIAS: PRIMEIRAS VISÓES

Charley Teixeira Chaves¹

1 Introdução

No dia 24 de agosto, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou nas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) que questionavam alterações no Código de Processo Penal (CPP) pelo Pacote Anticrime (Lei 13964/2019), entre elas a criação do juiz das garantias. O Tribunal julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade.

O juiz das garantias se torna obrigatório. Representa uma opção legislativa contra o temor da violação da imparcialidade do julgador, visando assegurar um sistema acusatório, bem como garantir os direitos constitucionais de um processo democrático.

O juiz das garantias veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988.

Vamos analisar alguns pontos da decisão do STF, de forma objetiva.

2 Da estrutura acusatória

Do artigo questionado: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Por maioria, o STF atribui interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASis - MEC). Professor Visitante do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos.

realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin².

Atuação mais efetiva do juiz no inquérito. O STF coloca o judiciário mais atuante nesse sentido como consta do art. 209 do CPP³.

Aqui se discute, indiretamente, o poder investigativo do juiz com amparo no art. 156 do CPP.

Ao permitir a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, colocou o sistema acusatório mitigado. Aqui restou uma dúvida na decisão, apenas o juiz das garantias ou juiz da instrução teria essa participação.

O art. 156 CPP, de constitucionalidade duvidosa, “reconhece” o juiz participa ativamente do processo o que viola o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade. O Supremo, na decisão em tela, não delimita apenas o juiz das garantias parece que o juiz da instrução de forma suplementar poderia buscar diligência em nome da “verdade real”.

A realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, de ofício, sempre pareceu algo violador da presunção de inocência que tem como fato gerador também a “dúvida”, bem como da imparcialidade do julgador.

3 O juiz das garantias: é um sistema ou um procedimento?

Na realidade é uma opção do legislador. Nas palavras da Ministra Cármem Lúcia disse que o instituto é benéfico, no sentido de que “busca o aperfeiçoamento de um processo que precisa ser aperfeiçoadinho e tem de se colocar ao aperfeiçoamento permanente”⁴.

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja

2 BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

3 CPP. Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.
§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

4 BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder / Função Judiciário(a).

É o juiz que tem objetivo de garantir ou fiscalizar o processo com base na constituição. Controle das garantias constitucionais. Ademais, permite além de preservar o devido processo legal uma dupla fiscalização do julgador monocrático, sem precisar da via recursal.

Esse controle também do prazo de investigação será jurisdicional. No caso de prisão, por exemplo.

Não entendo a diferenciação ou não aplicação do juiz das garantias no procedimento do júri e no procedimento da Maria da Penha. Algo estranho violador da isonomia separar o procedimento com foco na vítima ou no acusado.

Na realidade, todo os juízes são de garantias (garantir o devido processo legal). Um dever constitucional. Daí qualquer diferenciação é algo violador da isonomia ou simétrica paridade de armas.

O argumento da Maria da Penha ser algo protetor para vítima mulher, já o juiz das garantias ser um garantidor dos direitos constitucional para o acusado, seria uma interpretação errônea da nossa Constituição da República.

O foco na vítima ou no acusado não desnatura a necessidade da observância do devido processo constitucional, sob pena de implementar o devido processo *inquisitorial* ou injusto.

4 Interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia

Por maioria, o STF declara a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, vencido o Ministro Edson Fachin⁵.

A redação consiste,

CPP, art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente

⁵ BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ, Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

[...]

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

A opção do legislador era muito ruim. O STF fez um ajuste mais razoável. Realizou uma **interpretação conforme**, isto é, inconstitucionalidade com inclusão de texto.

Cabe, de acordo com o STF, ao juiz da instrução receber a denúncia. Em até 10 dias após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento, também, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Dupla fiscalização procedural feito por juízes de ofício. Um juiz fiscalizado o outro.

5 A denúncia não era acompanhada do inquérito: interpretação conforme do STF

Como a mudança da interpretação de quem analisa o recebimento da petição inicial acusatória, trouxe novamente a ideia de anexar o **problemático inquérito** (elementos informativos unilaterais – *sistema inquisitorial*). O juiz da instrução teria que ter acesso aos autos, diante da mudança de interpretação do STF. O juiz da instrução, de acordo com STF, vai analisar a denúncia / queixa.

O art. 3º-C, §§3º e 4º do CPP **era** harmônico com art. 155 do CPP. Não é possível um procedimento unilateral, inquisitivo, seja juntado e meramente ou simbolicamente convalidado na fase processual. Rigor que a construção probatória seja sempre processual, sob pena de violar o devido processo legal. A mera juntada do inquérito policial produzido com objetivo da condenação deve ser feito do zero em juízo.

Por unanimidade, o STF declara a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento⁶.

O inquérito acompanha a inicial. Todavia, a juntada do inquérito traz os mesmos problemas anteriores, que o art. 155 do CPP tentou

6 BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

resolver. Os elementos informativos do Inquérito Policial **não podem ser simplesmente ratificados** em Juízo.

As investigações policiais são sempre unilaterais e inquisitivas, apesar da sua utilidade para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Isso não pode representar sua repetição na fase judicial, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência.

A prova deve ser construída desde o seu nascedouro. Reaproveitar algo viciado (inquisitivo) por uma simbólica rapidez ou perda de tempo de algo pré-construído não representa o devido processo legal.

O art. 155 do CPP deve se harmonizar com os princípios constitucionais para não admitir mera repetição, mas CONSTRUÇÃO da prova em observância do devido processo legal, retirando a prática enraizada da simbólica repetição de um vírus inquisitorial na fase judicial, uma higienização precária diante das diversas violações existentes no seu nascedouro⁷.

A investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam para condenar:

Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. [...]. (RTJ 161/264-266 , Rel. Min. CELSO DE MELLO).

As investigações policiais, repita-se, são sempre unilaterais e inquisitivas, embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, mas são provas ilícitas para condenação. Por ausência de mecanismo de proteção da imparcialidade na colheita dos elementos informativos, devem ser construídas e não meramente ratificadas. Embora as investigações policiais sejam suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (justa causa), a sua origem não se descontamina com uma simples ratificação judicial. A problemática não se resume apenas na violação do princípio do contraditório, são vários os princípios violados

⁷ CHAVES, Teixeira Chaves. **Exclusão do inquérito policial diante da violação dos princípios: da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da prova ilícita.** Direito e processo [recurso eletrônico]: mo(vi)imento em debate / organizadoras: Cristina Rezende Eliezer, Pauliana Maria Dias, Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana. - Santo Ângelo: Metrics, 2021.

em agregar o inquérito sem refazer pelo devido processo legal.

6 Arquivamento da petição inicial acusatória

Por maioria, o STF atribui interpretação conforme ao caput do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses⁸.

Ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará o fato à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o procurador-geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação. Não seria um retorno ao controle judicial da acusação, violando o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade?

A possibilidade da revisão do arquivamento do inquérito pelo juiz retorna com a decisão do STF. Logo, não ficou claro que o juiz revisor estaria impedido de proferir sentença ou decisão. Tema problemático discutido antes da lei em tela.

Por unanimidade, também, o STF atribui interpretação conforme ao § 1º do art. 28 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento⁹.

Além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial

-
- 8 BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.
- 9 BRASIL. STF. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou anormalidade no arquivamento.

Importante que a revisão judicial deve impedir o juiz de julgar, diante da sua revisão ou recurso contra o arquivamento da petição inicial acusatória, mesmo que a decisão de manter ou não o arquivamento seja do superior hierárquico do Ministério Público, sob pena de violar o princípio da imparcialidade.

Não podemos normalizar a vontade do juiz querer a revisão do arquivamento, mesmo sendo julgado pelo MP, pois afetaria o princípio da imparcialidade, do sistema acusatório e da inércia da jurisdição.

7 Conclusão

O Supremo reconheceu a importância do juiz das garantias. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder / Função Judiciário (a).

É o juiz que tem objetivo de garantir ou fiscalizar o processo com base na constituição. Controle das garantias constitucionais. Ademais, permite além de preservar o devido processo legal uma dupla fiscalização do julgador monocrático, sem precisar da via recursal.

Em até 10 dias após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. O juiz da instrução vai ser o responsável pelo recebimento da denúncia / queixa, não mais o juiz das garantias, recebendo os elementos informativos do inquérito policial.

Apesar das investigações policiais unilaterais e inquisitivas serem utilizadas para oferecer a denúncia (justa causa), não desobriga o Ministério Público construir a prova em juízo. Construir não é ratificar algo inquinado e proibido para condenar (art. 155 do CPP). A problemática não se resume apenas na violação do princípio do contraditório, são vários os princípios violados com a transformação do inquérito em um simbólico contraditório em provas.

O inquérito deve ser analisado de forma diferente para recebimento da petição inicial acusatória e para ser avaliado na decisão final deve passar pelo devido processo legal, não meramente ratificado ou lido em juízo.

Por fim, o STF exclui e inclui expressamente a não aplicação do

juiz de garantias em alguns procedimentos. Fato estranho e questionável diante da isonomia procedural ou simétrica paridade de armas. O procedimento com foco na vítima ou no acusado não desnatura a necessidade da observância do devido processo constitucional, sob pena de implementar o devido processo inquisitorial ou injusto ou seletivo.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/DecretoLei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2023.

BRASIL. **STF**. Inquérito 1.978-0, Rel. Ministro Celso de Mello, Plenário, J. 13/09/2006 DJ de 17/08/2007. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/11/26/in-dubio-pro-societate-e-realmente-umprincípio/>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

BRASIL. **STF**. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), Rela. Rosa Weber, Plenário, DJ. Divulgado em 31/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

CHAVES, Charley Teixeira. **Ministério Público como instituição permanente popular**: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHAVES, Charley Teixeira. **Teoria Geral dos Recursos**: um direito constitucional democrático. 3 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte. 2. ed. Editora D'Plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. **Processo constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. **Exclusão do inquérito policial diante da violação dos princípios: da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da prova ilícita**. Direito e processo [recurso eletrônico]: mo(vi)mento em debate / organizadoras: Cristina Rezende Eliezer, Pauliana Maria Dias, Poliana Myriam Felipe Rodrigues

de Santana. Santo Ângelo: Metrics, 2021.

CHAVES, Charley Teixeira. **Inconstitucionalidades/ ilegalidades do Código de Processo Penal.** 1. ed. -Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO SILVA, Luis Gonzaga da. **A necessidade de exclusão das peças do inquérito policial dos autos processuais:** a originalidade do processo penal. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42611/anecessidade-de-exclusao-das-pecas-do-inquerito-policial-dos-autosprocessuais-a-originalidade-do-processo-penal>. Acesso em: 15 agos. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. **Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na Legislação Latino-Americana.** Convergências e Dissonâncias com os Sistemas Italiano e Brasileiro. In: O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 239.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, SEMIÓTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO NORMATIVA: PERSPECTIVAS E FUNDAMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO E DA LINGUAGEM

Daniely Maria dos Santos¹

1 Introdução

As mais oriundas formas de manifestação do pensamento humano desencadeiam distintas formas de compreensão, por parte dos envolvidos na relação expressante/espectador, haja vista as diferentes perspectivas e possibilidades de interpretação. No âmbito jurídico, por conseguinte, não é diferente, uma vez que as normas e doutrinas são passíveis de análises de suas entrelinhas, o que ultrapassa o que meramente está redigido, falado ou exposto, de alguma maneira.

Os tempos hodiernos têm sido conduzidos por uma atmosfera tecnológica, em que ferramentas como o *legal design*, por exemplo, permitem que novas formas de interpretação sejam adotadas pelos operadores do Direito. Outrossim, os impactos da hermenêutica jurídica, bem como, da retórica, abarcam nuances enfáticas para a defesa de determinados argumentos, os quais são respaldados pela legislação e pelas teorias estruturadas por doutrinadores de todos os campos jurídicos.

Destarte, a Linguística² e o Direito estão intimamente atrelados, posto que o uso da linguagem e do discurso se concatena como sendo uma ferramenta de ambas as áreas e, além disso, essas duas ciências são produtos da sociedade e de toda a heterogeneidade que a compõe. Nessa mesma perspectiva, a semiótica jurídica, assim como a interpretação normativa,

1 Mestra em Educação (UFLA). Pós-graduada em Metodologia do ensino de língua portuguesa e língua estrangeira. Pós-graduada em ensino de língua inglesa. Graduada em Letras (UFSCJ). Graduanda em Direito (UFLA). Militar do Exército Brasileiro. E-mail: daniely.santos1@yahoo.com

2 Ciência, cujos objetivos estão voltados para o estudo da linguagem humana.

são campos que tecem o arcabouço dos estudos entre a língua e o universo jurídico, construindo, assim, uma estrutura passível de análise jurídica e linguística.

Sob esse viés, este estudo buscou abarcar as seguintes temáticas: “A semiótica jurídica e seus fundamentos” e, por fim, “A interpretação normativa, a hermenêutica constitucional e a linguagem”. Nesse ínterim, com vistas a associar os elementos elencados nessa introdução, bem como, outras reflexões alusivas ao Direito e à linguagem, este estudo se propôs a contribuir para as discussões atinentes a esses e a outros temas, a fim de que as mais diversas vertentes científicas possam estar em constante diálogo e evolução.

2 A semiótica jurídica e seus fundamentos

Sob as perspectivas semântica, pragmática e sintática, a semiótica jurídica, em sua abrangência, busca analisar as leis e os fatos, tendo como suporte, a linguagem do Direito. Neste escopo, a semiótica é compreendida como sendo uma ciência das linguagens, cujos estudos estão associados às técnicas de investigação jurídica, respaldadas pelas mais diversas manifestações culturais (ARAÚJO, 2017).

A semiótica ocupa lugar essencial na teoria da interpretação, haja vista o seu objeto de estudo, que é compreender o sentido do texto analisado. De acordo com Umberto Eco (1990), “a semiótica é a disciplina que estuda as relações entre o código e a mensagem; entre o signo e o discurso” (ECO, 1990, p. 19).

Segundo Niemeyer (2007),

Semiótica (do grego *semeion* = signo) é a teoria geral dos signos. Segundo Peirce, signo é algo que representa alguma coisa para alguém em determinado contexto. Portanto, é inerente à constituição do signo o seu caráter de representação, de se fazer presente, de estar em lugar de algo, de não ser o próprio algo. O signo tem o papel de mediador entre algo ausente e um intérprete presente. Pela articulação dos signos se dá a construção do sentido (NIEMEYER, 2007, p. 25).

Conforme sustentado pelo autor, os signos produzem sentido por meio de suas articulações, situadas em um determinado contexto. Assim sendo, por meio dessas articulações ocorrem a representação de pensamentos, intenções, ponderações e perspectivas. Ademais, é perceptível que o sentido do texto, assim como a sua interpretação, são fatores que estão associados aos signos e às suas representações, ou seja, à

teoria semiótica. Nesse ínterim, atrelar os estudos semióticos à compreensão jurídica, permite que se haja uma análise mais perspicaz dos textos legais e doutrinários.

Sob essa égide e, no que se refere ao campo do Direito, Andrade e Carmo (2010) salientam que

A vontade do legislador, o contexto social em que a norma foi elaborada, os reclames que pretende absorver, as questões que se propõe a dirimir e, principalmente, a efetividade almejada pela norma, devem ser estudadas sob um olhar semiótico pela produção de sentido dentro das relações sociais, mister e essencial da construção do texto legal. A formatação dos artigos, a aplicação de teorias, os elementos e efeitos que produz tudo constitui foco de análise sobre o discurso jurídico, análise esta que não pode dispensar a profundidade na leitura e interpretação sobre os critérios em direito adotados (ANDRADE; CARMO, 2010, p. 5964).

Com efeito, o estudo dos signos e sua relação com a elaboração e a interpretação das normas são de extrema relevância para o campo jurídico, assim como, para a linguística e a semiótica. Outrossim, conforme defendido pelos autores, as relações sociais e as construções dos textos legais devem estar em consonância, uma vez que a construção dos sentidos deverá estar pautada na efetividade que as normas se propõem a dirimir nos mais diversos contextos da sociedade. Isto posto, mister se faz discutir, sucintamente, acerca da perspectiva hermenêutica/interpretativa das legislações e da linguagem. Desse modo, o tópico seguinte abarcará a temática “A interpretação normativa e a linguagem”, a fim de que sejam dados maiores destrinchamentos nas discussões aqui ensejadas.

2 A interpretação normativa, a hermenêutica constitucional e a linguagem

Segundo Andrade e Carmo (2010), “O pensamento necessita de organização linguística para bem expressar o discurso que se propõe a enunciar e, com a ciência jurídica, o raciocínio deve seguir a mesma sequência” (ANDRADE; CARMO, 2010, p. 5964). A partir desses pressupostos, é possível perceber que a interpretação das normas está atrelada às entrelinhas dos enunciados dispostos pelos textos jurídicos, o que remete às múltiplas possibilidades de compreensão das leis, ainda que seu *status rígido* e imutável se apresente como uma única e possível maneira de se compreendê-la.

De acordo com os mesmos autores,

Quando uma lei ou norma jurídica entra em vigor, é possível observar que passa a haver certa euforia no que se refere aos estudos sobre essa lei, além das discussões e debates que se originam acerca de sua aplicabilidade, da atualidade quanto aos anseios populares a que se presta, ou das mudanças que poderá ocasionar no ordenamento em que for adotada. Urge acentuar que o principal ponto de convergência desses questionamentos perpassa, inevitavelmente, o campo da interpretação normativa, já que a busca para o sentido do texto jurídico é de fundamental importância para sua compreensão e efetividade (ANDRADE; CARMÓ, 2010, p. 5964).

Nesse âmbito, é possível citar, exemplificadamente, as perspectivas da hermenêutica constitucional e as decisões do Supremo Tribunal Federal, que, a seu turno, tem sido alvo de grandes decisões nos últimos anos, realizando interpretações e julgamentos, denominados de *hard cases*³. Destarte, são imperiosas as indagações e análises acerca das interpretações constitucionais que norteiam esses julgamentos, principalmente no que diz respeito ao sentido unívoco das leis, que, por assim dizer, eram (ou ainda tentam ser) vislumbradas sob uma única perspectiva, a qual se volta para apenas uma solução adequada para cada caso.

Em relação ao supramencionado, Oliveira e Borba (2015) salientam que

Em 2012, a ADPF n. 54 julgou procedente, por maioria de votos, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gestação de feto anencéfalo seja crime. Dos votos majoritários, observa-se que apenas os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência da Ação. Com base na leitura do inteiro teor do julgamento da ADPF 54, os princípios de interpretação constitucional identificados na fundamentação dos votos dos Ministros do STF foram: proporcionalidade, interpretação conforme a Constituição, concordância prática ou harmonização e o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos (OLIVEIRA; BORBA, 2015, p. 02).

A respeito desses dizeres, a tabela a seguir demonstra os princípios de interpretação constitucional utilizados na fundamentação dos votos dos Ministros do STF, que, segundo Oliveira e Borba (2015) podem ser caracterizados como:

3 Casos difíceis.

| | PRINCÍPIOS UTILIZADOS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS | | | |
|-----------|--|---------------------------------------|--------------------------------------|--|
| | Proporcionalidade | Interpretação conforme a Constituição | Concordância prática ou harmonização | Presunção da constitucionalidade das leis e atos |
| MINISTROS | Marco Aurélio | | | |
| | Ricardo Lewandowski | | | |
| | Cezar Peluso | | | |
| | Gilmar Mendes | | | |
| | Luiz Fux | | | |
| | Carmen Lúcia | | | |
| | Ayres Britto | | | |
| | Rosa Weber | | | |
| | Joaquim Barbosa | | | |
| | Celso de Mello | | | |

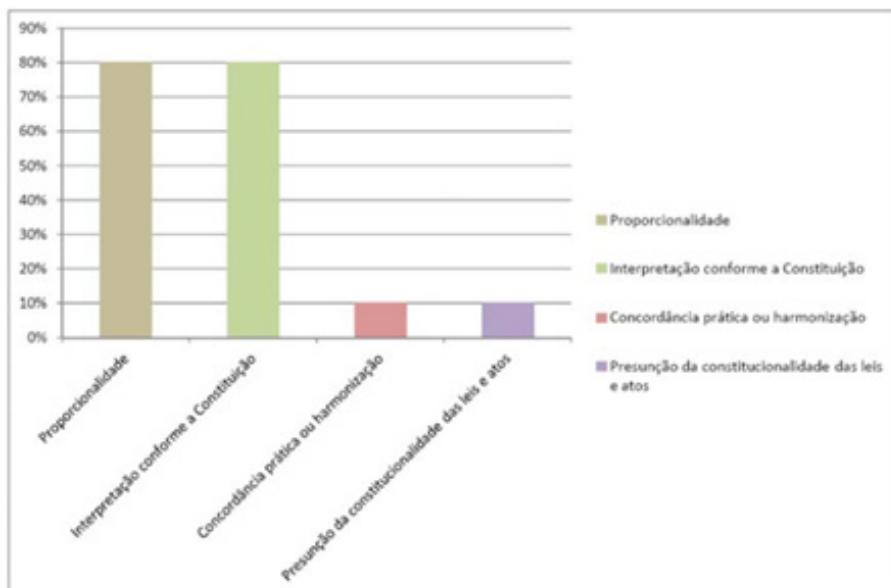
Fonte⁴

De acordo com a análise da tabela e, sob a perspectiva dos mesmos autores,

Resultado extremamente relevante para ser discutido e destacado é a utilização dos princípios de interpretação constitucional para a fundamentação dessa decisão judicial por todos os Ministros do STF, corroborando a teoria neoconstitucionalista do surgimento de uma nova hermenêutica jurídica, especialmente fundada no pós-positivismo jurídico, cuja ascensão se deu após a 2ª Grande Guerra. Ademais, dos princípios de interpretação constitucional citados nos votos, verificou-se que a maioria dos Ministros fundamentou suas decisões no princípio da Interpretação conforme a Constituição e no princípio da Proporcionalidade (OLIVEIRA; BORBA, 2015, p. 02).

Acerca do disposto, a tabela a seguir demonstra os princípios de interpretação constitucional utilizados na fundamentação dos votos dos Ministros do STF:

4 OLIVEIRA, K. B. D.; BORBA, M. D.N. **Hermenêutica constitucional no STF:** análise dos princípios de interpretação constitucional utilizados no julgamento da ADPF 54. Mogi das Cruzes, UMC, 2015.



Fonte⁵

Em relação a essas informações, para os autores Oliveira e Borba (2015),

A utilização preponderante desses dois princípios pode ser explicada por dois fatores. Primeiramente, a interpretação conforme à Constituição, além de ser um princípio da hermenêutica constitucional, também é uma técnica de controle de constitucionalidade. Assim, como o pedido principal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi uma declaração de inconstitucionalidade, consequentemente, os Ministros recorreram a esse princípio em decorrência da sua dupla finalidade. Já o princípio da proporcionalidade também foi amplamente suscitado nas fundamentações dos Ministros por ser a técnica utilizada para solucionar os casos de colisão de direitos fundamentais, tal como existente na situação em tela, em que o direito à vida do feto anencéfalo contrapõe-se ao direito à integridade física e psicológica da gestante (OLIVEIRA; BORBA, 2015, p. 02).

Por fim, considerando as reflexões e dados abordados, é pertinente enfatizar que a moderna dogmática jurídica encara novos meandros e realidades sociais, o que impulsiona novas formas de aplicação e interpretação das normas jurídicas. Nesta senda e, diante do que foi mencionado acima, a atuação hodierna dos operadores do Direito reside em um conjunto de

⁵ OLIVEIRA, K. B. D.; BORBA, M. D.N. **Hermenêutica constitucional no STF:** análise dos princípios de interpretação constitucional utilizados no julgamento da ADPF 54. Mogi das Cruzes, UMC, 2015.

possibilidades elencadas sob as bases de textos legais e, além disso, sob a lógica dialógica entre sentido discursivo e realidade fática. Ante o exposto, verifica-se a evidente relação entre a interpretação normativa e os aspectos linguísticos que perpassam a linguagem, em sua abrangência.

3 Considerações finais

Diante das implicações ensejadas ao decorrer deste breve estudo, considera-se, por fim, que a semiótica jurídica exerce papel de suma importância para a compreensão dos textos jurídicos. De fato, a natureza linguística de cada situação de fala emerge, consigo, elementos contextuais e, consequentemente, sociais, o que integra a língua à sociedade. Nesse aspecto, os pressupostos jurídicos, atrelados às demandas sociais, interagem entre si, propiciando interpretação, sob as bases hermenêuticas e sob o viés de outras perspectivas.

No que se refere à interpretação normativa e à hermenêutica constitucional, conforme discutido, preponderam-se mudanças, tendo em vista as realidades da sociedade moderna. No entanto, é importante salientar que, por meio dessas novas interpretações, o ativismo judicial se torna ainda mais presente no Supremo Tribunal Federal, especialmente nos julgamentos de casos difíceis. Sendo assim, a hermenêutica e a interpretação das normas jurídicas têm ganhado “novas formas” ao decorrer dos tempos e no perpassar das diversidades dos contextos.

Finalmente, salienta-se que “Desde que a teoria legal é uma forma de discurso, necessariamente usando linguagem como seu ‘medium’, então, talvez possamos traçar um relacionamento entre a estrutura de nossa linguagem e nossas teorias legais” (WEISSBORUD; MERTZ, 1985, p. 652).

Referências

ANDRADE, M. D; CARMO, V. M. **Semiótica jurídica – a análise dos símbolos para a interpretação dos textos jurídicos**. Fortaleza: Publica Direito, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4166.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

ARAÚJO, C. V. O. **Semiótica jurídica**. São Paulo: PUC, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/>

edicao-1/semitotica-juridica. Acesso em: 28 abr. 2023.

DANTAS, J. F. S. A história da língua e a relação com o direito linguístico. São Paulo: Jus.com.br, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97418/a-historia-da-lingua-e-a-relacao-com-o-direito-linguistico>. Acesso em: 25 abr. 2023.

ECO, Umberto. **O signo**. Tradução: Maria de Fátima Marinho. Lisboa: Presença, 1990.

NIEMEYER, Lucy. **Elementos da semiótica aplicados ao design**. 2. ed. Rio de Janeiro: OAB, 2007.

OLIVEIRA, K. B. D.; BORBA, M. D.N. **Hermenêutica constitucional no STF**: análise dos princípios de interpretação constitucional utilizados no julgamento da ADPF 54. Mogi das Cruzes, UMC, 2015. Disponível em: https://www.umc.br/_img/_diversos/pesquisa/pibic_pvic/XVIII_congresso/artigos/Katia%20Brizola%20de%20Oliveira%20-%20Resumo%20Expandido.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

WEISSBOURD, B.; MERTZ, E. **Rule-centrisme versus Legal Creativity**: the skewing of Legal Ideology through Language. Massachusetts: Law and society association, 1985.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Eduardo Machado Soares Capanema¹

Milton Carlos Rocha Mattedi²

1 Introdução

A responsabilidade civil desempenha um papel crucial na sociedade, pois fornece mecanismo para compensar vítimas de danos e prejuízos, incentivando ao mesmo tempo comportamentos responsáveis. É uma área do direito que evolui continuamente para abordar questões emergentes, como a responsabilidade por danos causados por tecnologia, meio ambiente e outras áreas da vida moderna.

De se destacar que o conceito de dano mencionado no parágrafo anterior se refere não somente ao prejuízo financeiro verificado, mas também àquele prejuízo psicológico, extrapatrimonial. É, de fato, um dos ramos de grande abrangência no Direito.

Diferentes sistemas legais em todo o mundo têm abordagens variadas para a responsabilidade civil, resultando em diferenças significativas nas regras e nos padrões aplicáveis. Portanto, entender a responsabilidade civil requer uma análise detalhada das leis e jurisprudência específicas de um país ou jurisdição.

É tema fundamental no campo do direito, pois abrange a obrigação de reparar danos causados a terceiros. Esta dissertação explorará a responsabilidade civil no que tange a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, destacando a importância desse conceito no mundo jurídico contemporâneo.

1 Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos, especialista pela Faculdade Izabela Hendrix. Graduado pela Faculdade FUMEC. Advogado e professor. E-mail: eduardocapanema@gmail.com

2 Doutor em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito pela FDC e Especialista pela PUC Minas. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogado e Professor da Nova Faculdade e da Faculdade Arnaldo. E-mail: miltonmattedi@yahoo.com.br

2 Da responsabilidade civil

Inicialmente entende-se a responsabilidade civil como conceito fundamental no Direito, que se refere à obrigação de uma pessoa ou entidade (o responsável) de reparar o dano ou prejuízo causado a outra pessoa (a vítima) devido a uma ação, omissão, negligência, ou conduta ilícita. É uma parte essencial do sistema jurídico que visa equilibrar os interesses individuais e coletivos na sociedade, assegurando que aqueles que causam danos sejam responsabilizados por suas ações.

A responsabilidade civil é um pilar fundamental do sistema legal em todo o mundo, estabelecendo as bases para a proteção dos direitos e interesses das pessoas em sociedade. Ela se baseia na ideia de que aqueles que causam danos a terceiros devem ser responsabilizados por suas ações, omissões ou condutas negligentes. Este conceito desempenha um papel vital na busca pela justiça e na promoção de relações sociais equilibradas.

A responsabilidade civil pode ser aplicada em várias esferas da vida cotidiana. Quando um motorista negligente causa um acidente de trânsito, quando um fabricante produz um produto defeituoso que causa lesões, ou quando um médico comete um erro médico prejudicial a um paciente, a responsabilidade civil entra em jogo. Em esses e muitos outros cenários, a vítima tem o direito de buscar compensação pelos danos sofridos.

Os elementos-chave da responsabilidade civil incluem a existência de um dano real, um vínculo causal entre a conduta do responsável e o dano, a demonstração de culpa ou negligência em alguns casos, e a capacidade de estabelecer um nexo de causalidade claro. O objetivo é garantir que a parte prejudicada receba uma reparação adequada, muitas vezes na forma de indenização financeira, para compensar o prejuízo sofrido.

A responsabilidade civil é uma área do direito que está em constante evolução. À medida que a sociedade enfrenta novos desafios, como questões relacionadas à inteligência artificial, mudanças climáticas e responsabilidade por danos ambientais, os tribunais e legisladores adaptam as leis para refletir essas mudanças. Isso garante que o sistema de responsabilidade civil continue a ser relevante e eficaz na proteção dos direitos e interesses de todos os envolvidos.

Além de ser um meio de compensação para as vítimas, a responsabilidade civil também desempenha um papel preventivo importante. Saber que se pode ser responsabilizado por danos pode incentivar as pessoas a agir com mais cuidado e responsabilidade em

suas atividades diárias, contribuindo para a segurança e o bem-estar da sociedade como um todo.

De forma sintética, a responsabilidade civil é um conceito jurídico essencial que busca equilibrar a equação entre a liberdade individual e a proteção da sociedade, garantindo que aqueles que causam danos sejam responsabilizados por suas ações. Ela é uma parte vital do sistema legal que promove a justiça e a responsabilidade em nosso mundo cada vez mais complexo e interconectado.

Na legislação brasileira, tal instituto vem regulamentado no Código Civil, basicamente nos seguintes artigos³:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Em suma, em interpretação conjunta dos artigos supramencionados, tem-se da necessidade de apresentação de 3 (três) requisitos concomitantes à verificação acerca da existência de responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, o dano, e o nexo de causalidade entre eles.

O primeiro desses itens, qual seja, o ato ilícito, vem devidamente explicado no artigo 186 do Código Civil. Denota-se de sua leitura que pratica conduta juridicamente reprovável aquele que, por culpa ou dolo, de forma comissiva ou omissiva, causa “dano” a outrem.

A palavra “dano” foi destacada no parágrafo anterior, vez que, ao contrário do ato ilícito, não detém de explanação tão clara. Na realidade tal explanação se faz dispensável, vez que seu conceito acaba por ser extraído da própria linguagem, no sentido de que se converte em prejuízo.

Necessário destacar que o prejuízo, nos exatos termos do artigo 186, não precisa ser necessariamente patrimonial, podendo também ser moral, ou psicológico. Em suma, pode ser extraído de ofensa ao ânimo da pessoa.

Por fim, tem-se da necessidade de comprovação de que o prejuízo é diretamente decorrente da conduta antijurídica praticada pelo agente. Não basta a comprovação de um dano, bem como a demonstração da prática do ato ilícito por alguém, mas também deve haver um laço direto de causa e

3 Código Civil Brasileiro

consequência entre eles.

Ainda de se destacar que, no Direito brasileiro, existem casos em que a responsabilização civil é facilitada, de forma a resguardar interesses maiores. Nesses casos, não é necessário mostrar a culpa ou o dolo na prática do ato, mas tão somente seu resultado lesivo a interesses da coletividade, de forma a impor eventual obrigação de reparação civil. É o que ocorre no caso que será estudado a seguir.

3 Da responsabilidade civil ambiental

A responsabilidade civil ambiental é uma área específica da responsabilidade civil que se concentra na obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente e aos recursos naturais. Ela reconhece que a degradação ambiental muitas vezes resulta de atividades humanas e visa responsabilizar aqueles que prejudicam o meio ambiente, além de promover a conservação e a restauração dos recursos naturais.

A responsabilidade civil ambiental no Brasil é uma ferramenta fundamental para a proteção e conservação do meio ambiente, incentivando práticas sustentáveis e responsáveis. Ela permite que vítimas de danos ambientais busquem reparação, promovendo a reparação integral dos danos e a prevenção de futuras degradações.

Necessário se ter em mente que tal reparação não visa beneficiar, simplesmente, um ou outro ofendido, mas sim toda a coletividade, vez que se entende ser o patrimônio ambiental pertencente a essa classe.

De se mencionar que a lei 6938/81 é tratada como verdadeiro divisor de águas na responsabilização ambiental no Brasil, em razão da introdução de conceitos inéditos à legislação pátria, da seguinte forma:

Art 14 –

[...]

§ 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Na sequência, a Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente destacando que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, sem mencionar qualquer referência à exigência de culpa para sua reparação, nos termos do art. 225.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por fim, tem-se que a responsabilidade civil ambiental é um elemento-chave da política ambiental do país, visando proteger, conservar e recuperar o ambiente e os recursos naturais.

3.1 Princípios basilares da responsabilidade civil ambiental

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Muitas Constituições, tal qual ocorre com a brasileira, reconhecem a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental. E, é inegável que danos ambientais podem afetar diretamente a qualidade de vida e a saúde das pessoas, justificando a responsabilidade civil ambiental como um meio de proteger esse princípio.

Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: A Constituição reconhece o direito de todos a um meio ambiente saudável e equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo em benefício das gerações presentes e futuras. A responsabilidade civil ambiental se encaixa nesse princípio, pois visa compensar danos causados ao meio ambiente e promover sua restauração.

Direito ao Meio Ambiente Saudável: Algumas Constituições reconhecem explicitamente o direito das pessoas a um meio ambiente saudável e equilibrado. Isso pode incluir o direito de buscar reparação por danos ambientais.

Princípio da Prevenção e Precaução: Constituições podem incorporar princípios que exigem a prevenção de danos ambientais e a precaução diante de atividades que possam causar impactos negativos no meio ambiente. Isso pode ser usado para justificar a responsabilidade civil ambiental como uma medida preventiva.

Responsabilidade do Estado: Em muitas Constituições, o Estado é responsável por proteger o meio ambiente e garantir que os danos ambientais sejam evitados ou reparados. Isso pode estabelecer a base para a responsabilidade civil ambiental quando agentes do Estado estão envolvidos. Em nossa constituição está prevista a obrigação de reparar integralmente o dano ambiental, bem como a prevenção e a reparação de

danos causados ao meio ambiente. O poluidor é responsável pelo custeio das medidas de reparação e prevenção.

Princípio do Poluidor-Pagador: Esse princípio, que é frequentemente incorporado em leis e regulamentos ambientais, estabelece que aqueles que causam danos ao meio ambiente devem arcar com os custos da reparação e restauração. Esse princípio pode ser refletido na Constituição ou em legislações específicas. Destaca-se, esse princípio não serve como permissivo aos danos ambientais em troca de indenizações, devendo o Estado fiscalizar as atividades que são necessariamente poluidoras, tanto no sentido de emitir autorização ao seu exercício, quanto de quantificar as indenizações.

3.2 Importantes aspectos da responsabilidade civil

A responsabilidade objetiva ambiental é um conceito fundamental no campo do direito ambiental e se refere à obrigação legal de indivíduos, empresas e governos de reparar danos causados ao meio ambiente, independentemente da comprovação de culpa ou negligência. Esse princípio reconhece que a proteção do meio ambiente é de interesse público e, portanto, impõe a responsabilidade por danos ambientais mesmo quando não há intenção de causar prejuízo. Em outras palavras, significa que não é necessário provar a culpa ou a negligência do poluidor. Basta demonstrar a relação causal entre a atividade do poluidor e o dano ambiental para que lhe seja imposta a obrigação de reparação.

Ainda necessário se definir que os danos ambientais englobam os impactos negativos causados às condições naturais e ao equilíbrio dos ecossistemas devido à atividade humana ou a eventos naturais. Esses danos podem afetar a terra, a água, o ar, a fauna e a flora, bem como a qualidade de vida das populações humanas. Existem muitas maneiras pelas quais os danos ambientais podem ocorrer, incluindo:

- **Poluição:** A liberação de poluentes, como produtos químicos tóxicos, resíduos industriais, poluentes do ar (como dióxido de enxofre e óxidos de nitrogênio) e poluentes da água (como metais pesados e produtos químicos agrícolas), pode causar danos significativos ao meio ambiente.
- **Desmatamento:** O corte indiscriminado de árvores e a destruição de florestas podem resultar na perda de habitat para

a vida selvagem, na erosão do solo, nas mudanças climáticas e na redução da biodiversidade.

- Exploração de recursos naturais: A extração excessiva de recursos naturais, como petróleo, minerais, água e madeira, pode levar à degradação do ambiente e à exaustão de recursos não renováveis.
- Mudanças climáticas: As atividades humanas, como a queima de combustíveis fósseis e o desmatamento, contribuem para o aumento das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, causando mudanças climáticas que afetam negativamente o meio ambiente.
- Perda de biodiversidade: A destruição de habitats, a introdução de espécies invasoras e a exploração excessiva de recursos naturais podem resultar na extinção de plantas e animais, levando a uma diminuição da diversidade biológica.
- Desperdício de recursos: O desperdício de recursos naturais, como alimentos e água, contribui para a pressão sobre os ecossistemas e a degradação ambiental.
- Acidentes ambientais: Derramamentos de produtos químicos tóxicos, vazamentos de petróleo, desastres nucleares e outros eventos accidentais podem causar danos ambientais graves e de longo prazo.

Outro importante aspecto é a responsabilidade Solidária. Em alguns casos, várias partes podem ser consideradas solidariamente responsáveis pela degradação ambiental. Em outras palavras, entende-se que todos os que estão envolvidos no resultado ambientalmente gravoso podem ser responsabilizados de forma solidária em razão dele. Destaque para a solidariedade, que implica que duas ou mais partes são consideradas igualmente responsáveis por cumprir uma obrigação ou pagar uma dívida. Isso significa que, em situações de responsabilidade solidária, qualquer uma das partes envolvidas pode ser obrigada a cumprir integralmente a obrigação, independentemente de sua contribuição original para a dívida ou obrigação.

O STJ acolheu, em julgamento de recurso repetitivo, referida teoria de responsabilização, denominada de teoria do risco integral, nos seguintes termos⁴:

4 STJ, 2ª S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

Por fim, um último aspecto deve ser ressaltado, qual seja, a reparação e compensação. Os responsáveis por danos ambientais podem ser obrigados a pagar pela restauração do meio ambiente ou a compensar financeiramente pelos danos causados. Esses recursos são frequentemente direcionados para ações de restauração ecológica. Isso envolve danos causados a ecossistemas, recursos naturais, como água, ar, solo, flora e fauna, bem como à biodiversidade. Os danos podem ser causados por poluição, desmatamento, descarga de resíduos tóxicos, destruição de habitats, entre outros.

4 Considerações finais

A responsabilidade civil ambiental muitas vezes está embasada em leis e regulamentos específicos voltados para a proteção do meio ambiente. Diferentes países têm legislações ambientais variadas que definem os padrões de conduta, os limites de emissões e os procedimentos para lidar com danos ambientais.

Além de sua importância para o meio ambiente, a responsabilidade civil ambiental também tem um impacto significativo na economia e na sociedade. Empresas que causam danos ambientais podem enfrentar custos substanciais, incluindo multas, reparação de danos e perda de reputação. Por outro lado, a compensação financeira proveniente da responsabilidade civil pode ser usada para financiar projetos de restauração ecológica e programas de conservação.

Em um contexto global, a responsabilidade civil ambiental enfrenta desafios relacionados à aplicação transfronteiriça das leis ambientais e à complexidade de rastrear e quantificar danos em grande escala. Questões como as mudanças climáticas também estão levando a debates sobre a responsabilidade de governos e empresas na redução das emissões de gases de efeito estufa.

A área da responsabilidade civil ambiental continua a evoluir à medida que a sociedade reconhece a urgência de abordar questões ambientais. Novos regulamentos, instrumentos legais e jurisprudência estão sendo desenvolvidos para lidar com desafios ambientais contemporâneos.

Assim, a responsabilidade civil ambiental desempenha um papel crítico na proteção do meio ambiente e na promoção da sustentabilidade. Ela serve como um mecanismo para responsabilizar aqueles que causam danos e incentiva práticas mais conscientes e ecologicamente responsáveis em todas as esferas da sociedade. À medida que a conscientização sobre os desafios ambientais cresce, a responsabilidade civil ambiental continua a desempenhar um papel cada vez mais importante na busca por um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil.** Introdução. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil.** Vol. Único. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil esquematizado.** vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Contratos. vol. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 8^a ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil.** v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Capítulo 28

A INOBSERVÂNCIA DO VALOR DO TRABALHO MATERNO NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS AOS FILHOS: NECESSÁRIO ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO

Sara Rutte Anacleta Lima¹

1 Introdução

A maternidade, no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), é reconhecida como direito social merecedor da proteção do Estado, conforme se observa no *caput* do art. 6º da Lei Maior.

Por decorrência lógica da própria realidade, uma mãe não existe sem sua prole, de modo tal que a maternidade caminha em conjunto com a própria proteção constitucional à criança e ao adolescente. Assim, vale lembrar que o art. 227 da CRFB/88 estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, dentre outros.

Fato é que, na grande maioria das vezes, a realidade da população brasileira revela que não é outra pessoa, se não a própria mãe, o agente direto do Estado no cumprimento do poder-dever de garantir direitos constitucionais básicos aos seus filhos.

Para se ter uma noção, segundo dados das Estatísticas do Registro Civil – Divórcios 2020, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2020 o número total de divórcios alcançou 140.218, sendo que em 80.315 casos a guarda dos filhos ficou com a mulher, em 43.934 casos a guarda foi dividida entre os cônjuges e em apenas 5.767 casos o pai ficou responsável – o tema, inclusive, será mais bem abordado em tópico específico do desenvolvimento.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva e pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada de Direito das Famílias, Sucessões, Civil e Empresarial.

Com isso, vê-se que, ainda na atualidade, a máxima popular “o filho é da mãe”, revela-se uma premissa verdadeira. Também, reside ainda no popular brasileiro a falsa crença de que o trabalho realizado pela mãe, quanto aos cuidados e desenvolvimentos dos filhos, se trata de “amor”. No entanto, numa visão social e política sobre o tema, é possível observar que não se trata de apenas “amor”, mas sim de um trabalho não remunerado.

Nesse aspecto, embora existam outras discussões atuais sobre a indevida inexistência de valorização do trabalho materno, abordar-se-á a necessidade da observância quando da fixação dos alimentos aos filhos, considerando que, sobre o tema, o Código Civil de 2002, estabelece o critério de fixação do *quantum* com base na proporcionalidade financeira entre os genitores, sem observar o trabalho pessoal e direto, daquele a quem incumbiu a guarda direta do filho (em sua grande maioria, as próprias mães).

O estudo do tema perpassa, dessa maneira, uma análise quanto ao direito à maternidade e sua previsão e importância nas Constituições brasileiras, dados estatísticos sobre a maternidade, a demonstração de que o trabalho materno não é apenas “amor”, mas um trabalho não remunerado, bem como a observação sobre o que há de novo, em termos de processo legislativo, sobre o assunto, encerrando na necessidade de quantificação do valor do trabalho materno para fins de abatimento na parcela dos alimentos dos filhos que é devida à mãe.

Destarte, justifica-se o estudo da inobservância do trabalho materno quando da fixação dos alimentos aos filhos, pela necessidade de interpretação da Constituição da República como um sistema fundamentado na garantia de dignidade à pessoa humana, sistema garantidor, igualmente, de proteção à maternidade que, no entanto, ainda sonega tantos e tantos direitos que deveriam advir do fato natural e essencial que é o maternar.

2 A maternidade enquanto direito constitucional

2.1 A proteção à maternidade nas Constituições brasileiras

No âmbito do Brasil, a Constituição de 1934, influenciada pelas Constituições do México, de 1917 e de Weimar, de 1919, foi a primeira Lei Maior brasileira a estabelecer, quanto à ordem econômica e social, que a legislação do trabalho observaria diversos preceitos para melhorar as

condições dos trabalhadores, dentre eles, garantias ligadas à maternidade.

Nesse aspecto, o art. 121, §1º, h, CF/34 estabeleceu a necessidade de assistência médica e sanitária à gestante, tendo sido normatizado o direito da gestante ao descanso antes e depois do parto, sem prejuízo de salário e do emprego, bem como a instituição de previdência em favor da maternidade.

Também, o art. 121, §3º, CF/34, dispôs que os serviços de amparo à maternidade, a infância, ao lar, ao trabalho feminino, fiscalização e orientação destes seriam, preferencialmente, de incumbência de mulheres habilitadas.

Não bastasse, reforçando a força e importância da maternidade, os artigos 138, alínea “c” e 141 da CF/34, definiram a incumbência e obrigatoriedade de todos os entes federados quanto ao dever de amparo à maternidade e infância, inclusive, com a destinação de 1% das respectivas rendas tributárias para este fim.

Outorgada a Carta de 37, em sentido contrário ao de sua antecessora, observa-se um retrocesso quanto ao tema, já que não é possível localizar qualquer artigo da Constituição que mencione a necessidade de proteção à maternidade.

Rompendo tal paradigma, as Constituições de 46 e 67 retomaram as garantias estabelecidas à maternidade previstas na Constituição de 34 e, como não poderia ser diferente, considerando que a Constituição de 1988 é reconhecida como a “Constituição Cidadã”, também manteve a proteção à maternidade.

Dessa forma, se estabeleceu que a Previdência Social, atenderá, na forma da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, nos termos do art. 201, inciso II, da CRFB/88 e, de igual maneira, foi conferida a mesma proteção à maternidade através da assistência social (art. 203, inciso I, CRFB/88).

A grande novidade, porém, trata-se da garantia do emprego à gestante desde a confirmação da gestação até cinco meses após o parto, vedando-se a dispensa da mulher trabalhadora durante este período.

Observada a importância que a maioria das Constituições brasileiras deu ao tema, não se há dúvidas de que a maternidade é um direito social extremamente importante para o Estado, conquanto sequer haveria Estado se não houvesse mães e seus filhos. Vale lembrar, inclusive, nos termos do art. 226, *caput*, da CRFB/88, que a família é a base da sociedade, sendo merecedora de especial proteção do Estado.

Essa proteção vista nas Constituições, porém, não foi estabelecida sem resistência. Segundo explica Thaíssa Tamarindo (2012, p. 32), a proteção à maternidade estabelecida a nível Constitucional no Brasil decorre de grande influência de organismos internacionais, do próprio desenvolvimento decorrente da democracia, que propõe, ainda que indiretamente, a viabilização de avanços significativos e, igualmente, da necessária presença política e midiática, considerando que, ao longo do tempo, o papel da mulher na sociedade brasileira foi modificado, sendo uma realidade a importante atuação da mulher do mercado de trabalho, o que ensejou na necessidade de proteção à gravidez e maternidade.

2.2 As famílias no Código Civil e a emancipação das mulheres

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro viu-se com a publicação do Código Civil de 1916, a positivação do patriarcado como forma própria de constituição familiar, conforme eram os anseios da sociedade conservadora existente à época e as características esboçadas pelo legislador.

Destarte, seguindo os paradigmas históricos, consoante explicam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 12), a família concebida pela Lei Civil de 1916 era, justamente, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, entendida, assim, como uma unidade de produção e reprodução, dotada de caráter amplamente institucional.

Nesse modelo familiar, a mulher, que antes de se casar era considerada absolutamente capaz, ao tornar-se casada, sem qualquer lógica, passava a deter a condição de parcialmente capaz, necessitando de autorização de seu marido para realizar os atos da vida civil.

Outrossim, o matrimônio era considerado indissolúvel, notadamente por seu caráter patrimonial que pressupunha o acúmulo de riquezas, ainda que em face da felicidade dos componentes da família. Somente era possível o desquite, ou seja, a dissolução da sociedade conjugal, mas não do vínculo matrimonial.

Nesse diapasão, tal modelo familiar, em que a mulher não detinha o poder de se autogovernar e se desenvolver, haja vista a supressão da liberdade e dos direitos civis, visto que todo o poder se encontrava nas mãos do *patter*, apesar de ter perdurado por tantos anos, foi tendente, por óbvio, ao declínio, por todo o seu caráter injusto e desproporcional.

Sob esta perspectiva, pode-se considerar que, no Brasil, a decretação de falência do instituto patriarcal, que a muito foi tido como o ideal de família (e, por vezes, ainda o é), marca estrita relação com a aquisição de direitos pelas mulheres, principalmente com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, que revolucionou ao reestabelecer a plena capacidade civil da mulher.

Nesse ínterim, discorrem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias que “A compreensão e noção de sujeito permitiram que as mulheres deixassem de ser assujeitadas ao pai ou ao marido para tornarem-se sujeitos da própria vida.” (2015, p. 38).

A próxima relevante conquista ocorreu com a edição e promulgação da Emenda Constitucional n.º 9 de 28 de junho de 1977, que alterou o parágrafo primeiro do art. 175 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 (emenda que editou o novo texto da Constituição Federal de 1967) – concretizada com a publicação da Lei 6.515/1977, excluindo, por sua vez, a indissolubilidade do casamento civil do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo em face de exigência de lapso temporal para a concretização da dissolução do vínculo matrimonial.

Toda transformação social, jurídica e legislativa narrada, culminou na promulgação da CRFB/88, que, dando continuidade aos anseios de uma sociedade que já em 1970 revela-se, em sua maioria, urbanizada, estabeleceu a igualdade material entre os cônjuges, lhes equiparando em direitos e deveres, além de estatuir a dissolução do casamento civil pelo divórcio (art. 226, §§5º e 6º, CR/88).

Assim, seguindo o panorama traçado pelo Constituinte então, com o advento do Código Civil de 2002, em sentido diametralmente contrário ao Código Civil de 1916, foi possível se vislumbrar um novo perfil familiar com os seguintes elementos centrais: a pluralidade, democracia, igualdade, bem como a possibilidade de uniões heteroparentais ou homoparentais, de modo que a família passou a ser vista sob um viés instrumental, capaz, a seu turno, de ensejar a criação de uma unidade socioafetiva e não mais apenas produtiva (ROSENVALD; DE FARIAS, 2015, p.12).

Por fim, adveio, também, a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CRFB/88, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovação da separação de fato por mais de 2 (dois) anos, possibilitando, enfim, o encerramento de conflitos entre homens e mulheres acerca de culpa quanto ao término da relação.

No caso de casamento em que há prole, advindo o divórcio, surge, então, a seguinte questão: com quem ficam os filhos? É o que se passará a expor no tópico seguinte.

2.3 Estatísticas sobre guarda dos filhos e maternidade no Brasil

Não sem motivos, abaixo do Capítulo X do CC/2002, que aborda “Da Dissolução da Sociedade e do vínculo Conjugal”, o legislador incumbiu-se de abordar “Da Proteção da Pessoa e dos Filhos” (capítulo XI, do CC/2002).

Nesse sentido, o art. 1.583, *caput* e §1º do CC/2002, estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada. A guarda unilateral, que é exceção no ordenamento jurídico, é atribuída a um só dos genitores ou alguém que substitua, enquanto na guarda compartilhada há, em tese, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe.

Segundo Maria Berenice Dias, “Os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens para as atividades da maternagem.” (2021, p. 377).

Destarte, para se ter uma ideia da magnitude da problemática que envolve a máxima “O filho é da mãe”, segundo dados das Estatísticas do Registro Civil – Divórcios 2020, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2020 o número total de divórcios alcançou 140.218, sendo que em 80.315 casos a guarda dos filhos ficou com as mulheres, 43.934 a guarda foi dividida entre os cônjuges e em apenas 5.767 casos o pai ficou responsável.

Por óbvio, a mera fixação da residência dos filhos com a mãe não é, por si só, indicativo de ausência de cuidados paternos, mas, de toda forma, demonstra o maior envolvimento materno na criação dos filhos, já que, por decorrência lógica, os filhos passarão maior tempo com a mãe.

De acordo com os dados da pesquisa, ainda, em 2014, em 85% dos casos a mulher era a responsável pelos filhos, de modo que o número começou a cair após o advento da Lei 13.058/2014, que dispôs sobre a aplicação da guarda compartilhada com maior prioridade.

Ainda assim, mesmo passados quase 10 anos após a entrada em vigor da legislação, se observa que, na maioria esmagadora dos casos, os filhos permanecem na residência materna, veja-se o gráfico:

Divórcios judiciais por responsável pela guarda dos filhos menores

Lei de 2014 deu prioridade para guarda compartilhada - em %

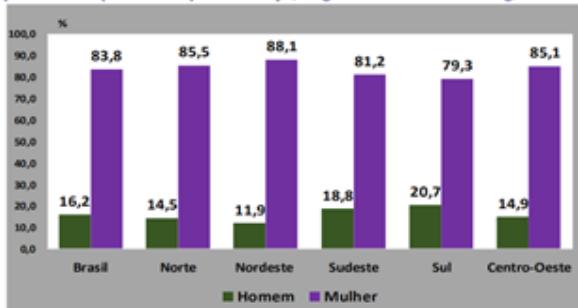
■ Mulher ■ Homem ■ Ambos os cônjuges



Fonte: IBGE

Para além da questão da guarda, em pesquisa realizada pelo IBGE em 2015², crianças com menos de 4 anos de idade, em aproximadamente 80% dos casos, ficam sob responsabilidade da mãe:

Distribuição das crianças de menos de 4 anos de idade, por sexo da primeira pessoa responsável pela criança, segundo as Grandes Regiões - 2015



Além disso, para finalizar a discussão, de acordo com o IBGE, em 2019³, “em média, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas”, sendo que a taxa de realização de afazeres pelas mulheres é maior e, ainda, dedicam quase duas vezes mais horas que os homens aos afazeres domésticos.

2 IBGE. **Aspectos dos Cuidados das Crianças de Menos de 4 Anos de Idade.** Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/38fcf8b10b29703773ad4032bf48e556.pdf Acesso em: 7 set 2023.

3 IBGE. **Em média, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.** <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27877-em-media-mulheres-dedicam-10-4-horas-por-semana-a-mais-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas>. Acesso em: 7 set 2023.

3 Trabalho materno e alimentos aos filhos

3.1 Amor ou trabalho não remunerado?

Como demonstrado na seção acima, não há dúvidas de que, mesmo atualmente e com tantos avanços sociais, o trabalho doméstico, ainda é, majoritariamente, incumbência das mulheres. Ressalte-se que o trabalho doméstico inclui, assim como outras tarefas, a própria maternidade e cuidados com os filhos.

Segundo Silvia Federici (2019, p. 42), o trabalho doméstico realizado pela mulher não se equipara a qualquer trabalho, por se tratar de “manipulação mais disseminada e da violência mais sutil que o capitalismo já perpetuou” e narra que a diferença em relação ao trabalho doméstico reside na imposição dele de forma, supostamente, “natural” às mulheres, como um atributo da psique e da própria personalidade feminina, como se toda mulher tivesse nascido com tal aspiração.

A autora explica, ainda, que não existe nada natural em ser dona de casa:

No entanto, não existe nada natural em ser dona de casa, tanto que são necessários pelo menos vinte anos de socialização e treinamento diários, realizados por uma mãe não remunerada, para preparar a mulher para esse papel, para convencê-la de que crianças e marido são o melhor que ela pode esperar da vida. Mesmo assim, dificilmente se tem êxito. (SILVIA FEDERECCI, 2019, p. 43).

Nessa perspectiva, Silvia (2019, p. 44) aduz que o capital foi muito bem sucedido ao convencer as mulheres e mesmo a sociedade em geral, que os afazeres domésticos realizados pelas mulheres seriam atos de amor, negando-lhes, por consequência, um salário ao trabalho doméstico:

Primeiramente, ele obteve uma enorme quantidade de trabalho quase de graça e assegurou-se de que as mulheres, longe de lutar contra essa situação, procurariam esse trabalho como se fosse a melhor coisa da vida.

[...]

Tal como Deus criou Eva para dar prazer a Adão, assim fez o capital criando a dona de casa para servir física, emocional e sexualmente o trabalhador do sexo masculino, para criar seus filhos, remendar suas meias, cuidar de seu ego quando ele estiver destruído por causa do trabalho e das (solitárias) relações sociais que o capital lhe reservou. (SILVIA FEDERECCI, 2019, p. 43).

Assim, ainda na atualidade, observa-se que o trabalho doméstico realizado pelas mulheres, em grande parte das vezes, é invisibilizado. Na necessidade de tornar o trabalho materno visível, surge a demanda por um salário para o trabalho doméstico:

Exigir salários para o trabalho doméstico é tornar visível o fato de que nossa mente, nosso corpo e nossas emoções têm sido distorcidos em benefício específico, e que, depois, nos foram devolvidos sob um modelo ao qual todas devemos nos conformar para sermos aceitáveis como mulheres nesta sociedade.

[...]

Dizer que nós queremos salários para o trabalho doméstico é expor o fato de que o trabalho doméstico já é dinheiro para o capital, que o capital ganhou e ganha dinheiro quando cozinhamos, sorrimos e transamos. (SILVIA FEDERECL, 2019, p. 48).

É nesse sentido que, inclusive, na Argentina, o cuidado materno foi reconhecido, em 2021, como trabalho e contará como tempo para aposentadoria:

Esta semana, o governo da Argentina apresentou oficialmente o Programa Integral de Reconhecimento de Tempo de Serviço por Tarefas Assistenciais, que permitirá que até 155 mil mulheres se aposentem contando como tempo de trabalho o período em que se dedicaram à criação dos filhos. A Administração Nacional de Seguridade Social (Anses), responsável pelas políticas de previdência no país, informou que a mudança beneficiará as mulheres que precisaram largar o emprego para se dedicar exclusivamente aos cuidados maternos, assim como as mulheres com mais de 60 anos que ainda não tinham somado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar. Também têm direito as trabalhadoras com carteira assinada que recorreram à licença-maternidade, incorporando o período em que estiveram afastadas à contagem como tempo de serviço. (LEANDRO MELITO, 2021)⁴.

É válido ressaltar, também, que o principal *slogan* dos cartazes dos movimentos feministas atuais espalhados pelo mundo, como o foi na Argentina, esboçam, justamente, a frase: “Não é amor, é trabalho não remunerado”.

No Brasil a luta pela valorização do trabalho materno e doméstico também tem avançado. Nesse aspecto, o Projeto de Lei nº 638, de 2019, de autoria da Deputada Federal Luizianne Lins, estabelece a necessidade de inclusão da economia do cuidado no sistema de contas nacionais, a fim

4 ELEFANTE. **Na Argentina, cuidado materno é reconhecido como trabalho.** Disponível em <https://elefanteeditora.com.br/cuidado-materno-e-reconhecido-como-trabalho-na-argentina/>. Acesso em: 7 set. 2023.

de que haja políticas públicas específicas sobre o tema.

O Projeto de Lei nº 638/2019 estabelece que os serviços contemplados na economia do cuidado consistem em: organização, distribuição e supervisão de tarefas domésticas; preparação de alimentos; limpeza e manutenção da habitação e bens; limpeza e manutenção do vestuário; cuidado, formação e educação das crianças (inclusive translado ao colégio e ajuda no desenvolvimento de tarefas escolares); cuidado de anciãos e enfermos; realização de compras, pagamentos e trâmites relacionados à casa; reparos no interior da casa; serviços para a comunidade e ajudas não remuneradas a outros lares de parentes, amigos e vizinhos.

Igualmente importante, os Projetos de Lei nº 2647/2021 e 2757/2021 de autoria, respectivamente, da Deputada Perpétua Almeida e Deputada Talíria Petrone, pretendem que o tempo de cuidado materno com os filhos sejam contabilizados para fim de aposentadoria das mães.

A Deputada Perpétua Almeida, inclusive, salientou quando da apresentação do projeto de lei:

Sabe-se que 1/3 das mulheres brasileiras em idade de aposentadoria não tem acesso ao benefício por não terem conseguido cumprir as regras do tempo de serviço. Essas mulheres trabalharam todos os dias. Cumprindo jornadas extenuantes, não remuneradas, de cuidados de pessoas, suprindo a falta de políticas públicas. É necessário reconhecer a maternidade como uma função social. (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2021⁵).

A Deputada Talíria Petrone, também, salientou sobre a invisibilidade do trabalho materno e a necessidade de que seja reconhecido como forma de trabalho:

Talíria Petroni disse ainda que não se pode mais aceitar a invisibilidade da economia do cuidado, fundamental para o funcionamento de toda a sociedade. “O cuidado com os filhos precisa ser reconhecido como a forma de trabalho que é: fundamental para a formação do país até agora e das futuras gerações.” (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2021⁶).

-
- 5 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto permite que a criação de filho conte tempo para aposentadoria.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/827411-projeto-permite-que-a-criacao-de-filho-conte-tempo-para-aposentadoria/>. Acesso em: 7 set. 2023.
- 6 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulheres reivindicam que cuidados maternos garantam aposentadoria pela Previdência Social.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/829898-MULHERES-REIVINDICAM-QUE-CUIDADOS-MATERNOS-GARANTAM-APOSENTADORIA-PELA-PREVIDENCIA-SOCIAL>. Acesso em: 8 set. 2023.

Portanto, é uníssono o fato de que o trabalho materno é um trabalho e não mero ato de amor da mãe. Através do trabalho materno, como amplamente discorrido e demonstrado, a sociedade é formada, as bases do Estado são sustentadas, sendo descabida a naturalização de um trabalho que gera inúmeros lucros ao capital como uma suposta característica intrínseca à mulher.

3.2 O trabalho materno e a necessidade de valoração quando da fixação de alimentos aos filhos

De acordo com o que já foi exposto, é possível observar que, embora a maternidade esteja prevista como um direito social na CRFB/88, sendo merecedora de especial proteção do Estado, na prática, o trabalho desenvolvido pelas mães não é, de fato, valorizado.

Exemplo prático da desvalorização do trabalho materno é estampado nas decisões e acordos judiciais sobre a guarda dos filhos, especificamente quando a residência dos filhos é fixada com a mãe, no caso da guarda compartilhada, ou mesmo na hipótese de guarda unilateral.

No que diz respeito à fixação dos alimentos aos filhos, o CC/2002 estabeleceu no art. 1.641, §1º, que “devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” Para Maria Berenice Dias, “A regra para a fixação do encargo alimentar é vaga e representa apenas um *standard jurídico*” (2021, p. 841).

Rosa Maria Nery explica que:

O quantum dos alimentos é fixado de acordo com as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentado, conforme os diversos momentos de duração da prestação alimentar, diferida no tempo e, por essa razão, com forte caráter de mutabilidade pelas alterações naturais da situação dos interessados, alimentante e alimentado. (Nery, 2020)

Destarte, como bem argumenta Patrícia Garrote, quando o filho, representado judicialmente pela mãe, busca a fixação dos alimentos, precisa comprovar suas necessidades e a capacidade financeira paterna, sendo que a Justiça “ignorará solenemente o importante papel materno na criação, educação e sustento dos filhos”⁷.

Nesse sentido, todo o esforço materno e o tempo despendido com

⁷ MIGALHAS. Possibilidade jurídica de embutir no cálculo da pensão alimentícia o tempo investido pela mãe na criação dos filhos. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/390692/o-tempo-investido-pela-mae-na-criacao-dos-filhos>. Acesso em 10 set 2023.

os filhos não é observado pelo juízo na fixação do *quantum* alimentar. Embora o ordenamento jurídico tenha rompido com o modelo patriarcal familiar, o Estado-Juiz continua a permitir que o genitor, na maioria dos casos, continue a agir como mero provedor, enquanto a mãe, além de muita das vezes, manter uma profissão, presta serviços maternos aos filhos sem qualquer remuneração.

Ora, o art. 1.703 do CC/2002 estabelece que os genitores devem contribuir na proporção de seus recursos para a manutenção dos filhos. Entretanto, a manutenção dos filhos não diz respeito apenas a recursos financeiros, sendo que o recurso humano, que cria, que alimenta, que educa etc., é fundamental para a vida digna da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, o tempo gasto pela mãe deveria, sem sombra de dúvidas, compor o cálculo da pensão alimentícia a ser fixada pelo juízo ou mesmo em acordo entre as partes, principalmente à vista da especial proteção reconhecida constitucionalmente à maternidade.

Nas palavras de Patrícia Garrote, a mãe é essencial para a promoção da dignidade dos filhos, veja-se:

Um filho sem uma mãe zelosa a lhe proporcionar amor incondicional e investimento imaterial na construção de sua personalidade é um órfão despreparado para a vida adulta, privado da mais importante relação de afeto que é a pós-visceral, aquela que preenche todas as necessidades mais primitivas do ser humano, que o alimenta, cuida, protege, acalma, faz dormir, transmite segurança, abrigo e paz. A mãe dá vida, e é por isso que o Judiciário a trata como personagem vital para a sobrevivência psíquica da criança, garantindo que a guarda e o referencial de lar sejam sempre, prioritariamente, atribuídos a ela. (GARROTE, 2023).

Destarte, no paradigma de um Estado Democrático de Direito, no qual se estabelece a maternidade como direito social e, consequentemente, um dos fundamentos da democracia, à luz de toda a evidência de que, indubitavelmente, o trabalho materno com a criação dos filhos é muito maior do que o esforço realizado pelo pai, vê-se que a Estado queda-se omisso quanto à necessária valorização deste trabalho invisível realizado pela mãe.

Dessa vez, então, não se fala apenas do dever do Estado de reconhecer maternidade enquanto um trabalho não remunerado, mas que esse reconhecimento deve se dar como forma de abatimento em relação à parcela dos alimentos dos filhos que é devida à mãe.

Sugere-se, assim, que a média de tempo gasto pela mãe com os cuidados maternos e domésticos em relação aos filhos seja levantada antes

da fixação do *quantum* de pensão alimentícia, a fim de seja reconhecido o trabalho materno e, ainda, quantificado, seja por pesquisa mercadológica quanto ao valor dos serviços prestados por babás e empregadas domésticas, para que seja abatido o valor respectivo do montante dos alimentos que se direcionam à mãe.

Nesse mesmo sentido, Patrícia Garrote defende:

No entanto, ainda assim, entendo ser de imensa importância abrir uma preliminar ou prefacial final na petição de ingresso (inicial ou em sede de contestação) mostrando de forma detalhada a dedicação materna, o tempo despendido com os filhos, a desproporcionalidade injusta do tempo de convivência que afeta a vida da mãe e da família materna nas esferas temporal, emocional financeira, bem como a estrutura montada para satisfação de todas as necessidades dos filhos. Revelase imprescindível para a mãe, mulher que conta com garantias do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero instituído pela Portaria CNJ n. 27 de 02/02/2021, mostrar o impacto em sua vida causado pela detenção do referencial de lar e de vida, segurança e força vital imprescindível dos filhos. Importante também, nesse contexto, mostrar, com gráficos coloridos chamando a atenção, o tempo de vida materna dedicada aos filhos e tempo de vida paterna despendida com a criação e educação da prole. (GARROTE, 2023).

Portanto, a proteção à maternidade estabelecida na Constituição deve subsumir à realidade, de modo a garantir que os cuidados maternos exercidos diariamente pela grande maioria das mães brasileiras sejam levados em consideração em ações cotidianas, como é o exemplo da ação de alimentos ou mesmo o pedido incidental de alimentos em ações de divórcio.

É exatamente em assuntos corriqueiros do cotidiano, que o trabalho materno deve ser valorizado, a fim de que, com isso, a própria continuidade da existência da humanidade seja garantida. O Estado-Juiz não pode permitir às cegas que os pais lucrem, sem qualquer contraprestação à mãe, com os cuidados não remunerados prestados aos seus filhos, pelo que deve viabilizar a quantificação do trabalho materno para abatê-lo na pensão alimentícia fixada.

4 Conclusão

A gestação e a maternidade podem, por si e em si, roubar a dignidade e o prazer de viver de uma mulher – se por um lado são fases maravilhosas para algumas mulheres, para outras, porém, podem devastá-las. A gravidez de uma mulher impõe a ela uma carga hormonal inimaginável, mudanças

corporais e mentais e, de repente, com o parto, não apenas há uma queda abrupta desses mesmos hormônios, mas a mãe não existe mais apenas para si e passa a servir incessantemente ao filho, inclusive, às custas da própria vida (a exemplo da amamentação).

São centenas de séculos em que as mulheres, mães, vivem o mesmo ciclo acima, ciclo que fomenta a própria manutenção da vida humana, do próprio pacto social, da criação de sociedades, do Estado.

Mesmo assim, no âmbito do Brasil – como em diversos países -, se observa verdadeira ausência de efetiva proteção às mães em alguns âmbitos relevantes. Ora, a mãe que permanece em sua casa e entrega filhos minimamente saudáveis e produtivos ao capital, não faz jus sequer a uma aposentadoria digna, já que não trabalhou – mesmo que tenha feito o trabalho mais importante e relevante dentro de sua casa. A mãe que, divorciada, escolhe acolher o filho e mantê-lo consigo em sua residência não faz jus a ter o trabalho cotidiano de cuidados e criação com o filho sopesado quando da fixação dos alimentos. São questões simples e básicas.

No final das contas, é preciso que a proteção conferida constitucionalmente à maternidade torne-se eficaz, de modo a atender as demandas do cotidiano das mães que, na maioria esmagadora das vezes, são quem cuidam dos filhos que, pela lógica do sistema, servirão ao Estado.

Destarte, é preciso romper com a ideia forçada de que o trabalho materno é mero resultado de um dito “amor”, é necessário reconhecer que sim, se trata de um trabalho não remunerado.

Reconhecendo-se o trabalho doméstico e materno enquanto trabalho, torna-se possível quantificá-lo para diversos fins e, no caso sob discussão, para fins de fixação do *quantum* de pensão alimentícia a ser fixado aos filhos menores, quando a residência é fixada com a mãe (maioria dos casos, conforme comprovado estatisticamente).

Portanto, tendo restado demonstrado que é a mãe, na maioria das vezes, o principal agente do Estado quanto à promoção de dignidade à criança e ao adolescente, o esforço despendido para a criação dos filhos deve ser valorizado pelo Estado-Juiz a fim de que, nas hipóteses de fixação de alimentos aos filhos, no mínimo, deverá ser reconhecido o trabalho materno e, ainda, quantificado, seja por pesquisa mercadológica quanto ao valor dos serviços prestados por babás e empregadas domésticas, para que seja abatido o valor respectivo do montante dos alimentos que se direcionam à mãe, por se tratar de medida de justiça e de reparação histórica, ainda que indiretamente, em relação aos serviços invisíveis que

diariamente são prestados durante a maternidade.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 24^a ed. atual. ampl. São Paulo: Rideel, 2017. ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**: 24. ed. rev. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 24^a ed. atual. ampl. São Paulo: Rideel, 2017. ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**: 24. ed. rev. São Paulo: Rideel, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto permite que a criação de filho conte tempo para aposentadoria**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/827411-projeto-permite-que-a-criacao-de-filho-conte-tempo-para-aposentadoria/>. Acesso em: 7 set. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulheres reivindicam que cuidados maternos garantam aposentadoria pela Previdência Social**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/829898-MULHERES-REIVINDICAM-QUE-CUIDADOS-MATERNOS-GARANTAM-APOSENTADORIA-PELA-PREVIDENCIA-SOCIAL>. Acesso em: 8 set. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodim, 2021.

ELEFANTE. **Na Argentina, cuidado materno é reconhecido como trabalho**. Disponível em <https://elefanteeditora.com.br/cuidado-materno-e-reconhecido-como-trabalho-na-argentina/>. Acesso em: 7 set 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da Revolução. Trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. Tradução de Coletivo Sycorax – São Paulo: Elefane, 2019.

IBGE. **Aspectos dos Cuidados das Crianças de Menos de 4 Anos de Idade**. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/38cf8b10b29703773ad4032bf48e556.pdf Acesso

em: 7 set 2023.

IBGE. Em média, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.
<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27877-em-media-mulheres-dedicam-10-4-horas-por-semana-a-mais-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas>. Acesso em: 7 set 2023.

MIGALHAS. Possibilidade jurídica de embutir no cálculo da pensão alimentícia o tempo investido pela mãe na criação dos filhos.
Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/390692/o-tempo-investido-pela-mae-na-criacao-dos-filhos> . Acesso em 10 set 2023.

NERY, Rosa. Aspectos que servem de base para a caracterização do quantum da verba alimentar. In: NERY, Rosa. Alimentos. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/alimentos/1153074149>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

Capítulo 29

PARECER EM AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO COM ÊNFASE NO DIREITO POSSESSÓRIO E NO DIREITO DE PROPRIEDADE

Milton Carlos Rocha Mattedi¹
Eduardo Machado Soares Capanema²

1 Introdução

Trata-se hipoteticamente de ação de divórcio litigioso em curso.

Em linhas gerais as partes casaram-se no ano de 1994, sob o regime de Comunhão Parcial de Bens em Belo Horizonte/MG. Ressalta-se que a varoa possui um imóvel registrado em seu nome anteriormente ao casamento, adquirido por meio de escritura pública em 1992 e devidamente registrado. Não há informações sobre outros bens a partilhar.

Em 2014, o varão se ausentou do domicílio do casal, não mais retornando desde então. Com isso, é ponto incontestável entre as partes que desde aquela data restou caracterizada a separação de fato do casal. Com isso o varão mudou-se para a cidade de Divinópolis/MG, não mantendo mais laços com a autora e seus filhos. Assim, a caracterização da separação do casal com a saída do réu do imóvel desde 2014 resta incontroversa.

Os pontos a serem analisados decorrem da manifestação do varão, ora réu, e podem ser resumidos em número de três:

Primeiro ponto, a alegação de propriedade do imóvel supra referido por parte do réu, tendo em vista uma suposta contribuição financeira feita antes do casamento para a aquisição do mesmo. Segundo, a alegação de arbitramento de alugueis a serem pagos ao réu por parte da varoa, ora autora, pela utilização do referido imóvel. Terceiro, a aquisição de parte do imóvel pelo réu decorrente da realização de benfeitorias sobre o mesmo.

1 Doutor em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito pela FDC e Especialista pela PUC Minas. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogado e Professor da Nova Faculdade e da Faculdade Arnaldo. E-mail: miltonmattedi@yahoo.com.br

2 Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos, especialista pela Faculdade Izabela Hendrix. Graduado pela Faculdade FUMEC. Advogado e professor. E-mail: eduardocapanema@gmail.com

2 Análise jurídica da temática

Preliminarmente faz-se a seguinte consideração: em que pese a aquisição ter ocorrido antes do casamento e somente em nome da varoa, há uma forte tendência dos Tribunais pátrios de que o direito à quota parte das benfeitorias seja garantido ao cônjuge, tendo em vista que as mesmas foram realizadas na constância do casamento. Tal posição, encontra guarida no Código Civil, em seu art. 1660, inciso IV: “Art. 1.660. Entram na comunhão: [...] IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;”.

Dessa forma, em tese, o réu possui grandes chances de ter reconhecido seu direito a indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel na proporção de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das mesmas, conforme acórdão a seguir exposto:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO E GUARDA - IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO GENITOR DO VARÃO - CONSTRUÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA UNIAO - BENFEITORIAS - AUSÊNCIA DE PROVA - RECURSO

DESPROVIDO. 1. Conforme dispõe o Código Civil, no regime de comunhão parcial, aplicável à união de fato na ausência de acordo escrito em sentido contrário, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda que só em nome de um dos cônjuges, dentre os quais se incluem as benfeitorias realizadas em bens particulares, desde que comprovadas. 2. Deixando a requerida de se desincumbir do *onus* de comprovar a existência dos imóveis ou da realização de benfeitorias no imóvel, mantém-se a sentença que deixou de efetuar a partilha do bem. 3. Recurso desprovido.”
(Processo: Apelação Cível. 1.0000.23.006865 - 2/0015000472- 78.2020.8.13.0582 (1). Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto Data de Julgamento: 03/03/2023. Data da publicação da súmula: 06/03/2023).

A partir de então, passa-se a analisar a ação de divórcio litigioso com ênfase no direito possessório e no direito de propriedade, tendo em vista os questionamentos do réu acima expostos.

Preliminarmente, ressalta-se que a propriedade do imóvel se encontra registrada em nome da autora anteriormente ao casamento. Assim, sendo o regime de bens adotado o da comunhão parcial, tal bem não se incorpora ao patrimônio do réu. O direito de propriedade é de tamanha importância que encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 5, inciso XXII, classificado como direito fundamental.

No Brasil, para que a aquisição da propriedade imóvel seja válida e eficaz perante terceiros, é necessário que seja feito o registro do imóvel no

Cartório de Registro de Imóveis da região onde ele está localizado. Dessa forma, o registro é a forma de oficializar e dar publicidade à transação, garantindo que terceiros possam ter acesso às informações sobre a propriedade. Conforme determinado pelo Código Civil, em seu art. 1227: “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”

A doutrina jurídica também se debruça sobre as formas de aquisição da propriedade imóvel e o registro da propriedade, trazendo importantes reflexões sobre o tema. De acordo com a doutrina, a aquisição da propriedade imóvel pode ocorrer de forma originária ou derivada. A aquisição originária se dá quando a pessoa adquire a propriedade sem que haja uma transmissão anterior, como é o caso da usucapião. Já a aquisição derivada se dá quando a pessoa adquire a propriedade por meio de uma transmissão anterior, como é o caso da compra e venda.

Algumas das formas de aquisição da propriedade imóvel que exigem registro são: compra e venda e doação, sendo necessário que o contrato registrado no Cartório de Registro de Imóveis para que a propriedade seja transferida para o comprador; herança: após o falecimento do proprietário, é necessário que seja feito o registro do inventário e da partilha no Cartório de Registro de Imóveis para que a propriedade seja transferida para os herdeiros; usucapião: quando ocorre a aquisição da propriedade por usucapião, é necessário que seja feito o registro da sentença judicial que reconhece a aquisição por usucapião no Cartório de Registro de Imóveis; dentre outras formas. Devido a sua importância, o Código Civil determina em seu art. 1245: “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”

É importante destacar que o registro do imóvel é uma etapa fundamental na aquisição da propriedade, pois é por meio dele que a propriedade se torna pública e indiscutível. Além disso, o registro é uma forma de garantir a segurança jurídica do negócio e evitar futuros conflitos.

Assim, o simples fato de o réu supostamente contribuir financeiramente para a aquisição do bem anteriormente ao casamento não lhe garante o direito de propriedade sobre o mesmo. Tendo em vista a formalidade do direito de propriedade e a necessidade de garantí-lo, não apresentou o réu qualquer dispositivo legal ou argumento jurídico válido que justifique a transferência da propriedade da autora para o réu. Com

isso, a alegação de propriedade pelo réu por meio de supostas contribuições anteriormente ao casamento, não suprimem o fato de que o mesmo não figurou no fólio real como proprietário em momento algum.

Quanto ao segundo ponto da contestação, o pedido liminar do réu para o pagamento de aluguéis pela autora ao réu também não encontra respaldo jurídico. O contrato de aluguel imobiliário é um contrato pelo qual uma pessoa (proprietário) cede o uso de um imóvel para outra pessoa (locatário) em troca de um pagamento mensal, denominado aluguel. Portanto, é fundamental que o locatário exija a apresentação de documentos que comprovem que o locador é de fato o proprietário do imóvel ou que tem autorização expressa do proprietário para realizar a locação.

O contrato de aluguel imobiliário é regulado pela Lei nº 8.245/1991, conhecida como Lei do Inquilinato, que estabelece as regras e os procedimentos para a locação de imóveis urbanos. Neste particular, tendo em vista que não há o reconhecimento do réu da condição de proprietário do imóvel e não havendo sequer a posse sobre o mesmo, não há base jurídica para o reconhecimento da condição de locador ao réu e consequentemente a percepção de alugueis sobre o imóvel.

Somente a título de debate, caso o réu tivesse oferecido o imóvel para locação sem ter a devida autorização da real proprietária, ele estará agindo de forma ilícita e o contrato de locação será nulo. Nesse caso, o locatário não terá direito de permanecer no imóvel e poderá exigir a devolução de todos os valores pagos a título de aluguel. Portanto, é fundamental que o locatário exija a apresentação de documentos que comprovem que o locador é de fato o proprietário do imóvel ou que tem autorização expressa do proprietário para realizar a locação.

A questão de aluguel torna-se ainda mais esdrúxula quando o réu, mesmo não tendo o direito de propriedade ou posse sobre o bem ainda exige que a autora e proprietária legitimamente reconhecida pelo registro imobiliário, pague aluguel para uso próprio.

De forma sintética, o réu não tem o direito de propriedade sobre o bem, abandona a família sem contribuição financeira ou afetiva nenhuma para a subsistência e criação dos filhos até então menores, sai do imóvel por mais de 8 (oito) anos sem sequer contribuir para a manutenção e despesa do mesmo e, ainda, pretende que a autora e real proprietária do imóvel pague aluguel sobre o uso do próprio imóvel. Assim há uma completa inversão lógica na relação jurídica, sem qualquer fundamento normativo plausível além de alegar idade avançada, doença e pobreza. Infelizmente,

tais argumentos não encontram respaldo para obrigar a autora a pagar aluguel sobre o próprio imóvel.

Por fim, quanto ao terceiro ponto da contestação, que tange a questão das benfeitorias, a questão torna-se mais complexa. As benfeitorias são as melhorias que um proprietário pode fazer em um imóvel, seja para aumentar o seu valor, seja para torná-lo mais adequado às suas necessidades. As benfeitorias podem ser classificadas em duas categorias: necessárias e voluptuárias.

As benfeitorias necessárias são aquelas que visam à conservação do imóvel e à sua segurança, como reparos em telhados, instalações elétricas, hidráulicas, entre outras. Elas são consideradas indispensáveis e, por isso, devem ser feitas pelo proprietário, mesmo que o locatário seja o responsável pela utilização do imóvel. Já as benfeitorias voluptuárias são as melhorias que têm como objetivo embelezar ou melhorar o conforto do imóvel, como a construção de uma piscina, de um jardim, de uma área gourmet, entre outras. Essas benfeitorias são opcionais e, por isso, o proprietário não é obrigado a fazê-las, mas se optar por fazê-las, pode incluir o valor das mesmas no preço do aluguel.

As benfeitorias podem ser realizadas tanto pelo proprietário quanto pelo locatário, desde que haja a autorização do proprietário. No entanto, é importante que as partes estejam cientes das suas obrigações e direitos quanto às benfeitorias realizadas no imóvel.

No que se refere às benfeitorias realizadas em imóveis durante o casamento, a legislação brasileira prevê que, em caso de separação ou divórcio, as benfeitorias realizadas pelo casal devem ser divididas de forma proporcional ao valor das mesmas. É importante lembrar que as regras de divisão das benfeitorias entre os cônjuges podem variar de acordo com o regime de casamento escolhido pelo casal.

Isso significa que, em um regime de comunhão parcial de bens, se um dos cônjuges realizou uma benfeitoria no imóvel de propriedade exclusiva de um dos cônjuges, que tenha aumentado seu valor, por exemplo, construindo uma área de lazer ou uma nova suíte, e o outro cônjuge não contribuiu financeiramente para essa benfeitoria, ao se separarem ou divorciarem, o cônjuge que fez a benfeitoria terá direito a uma indenização proporcional ao valor das benfeitorias. Assim o direito de indenização pelas benfeitorias pela autora ao réu encontra fundamento normativo. Contudo, há precedente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça – STJ – que a separação de fato há mais de um ano permite curso da prescrição para

pedido de partilha de bens. Nos próprio dizeres do STJ:

Embora não haja previsão legal específica, a separação de fato ocorrida há mais de um ano também é causa de dissolução da sociedade conjugal e, por isso, permite a fluência do prazo prescricional para o pedido de partilha de bens dos ex-cônjuges.

Isso porque as hipóteses do artigo 1.571 do Código Civil de 2002 para o término da sociedade conjugal não são taxativas, e o fundamento que permeia essas hipóteses legais – encerramento dos vínculos de confiança e coabitacão e do regime de bens entre as partes – também está presente na separação de fato antiga, não havendo motivo para que, neste último caso, haja impedimento ao curso da prescrição.

O entendimento foi fixado de forma unânime pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao manter acórdão do Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO) que considerou prescrito um pedido de partilha de bens entre ex-cônjuges que se separaram de fato há mais de 30 anos.

A separação de fato é a livre decisão dos cônjuges de encerrar a sociedade conjugal, porém sem recorrer aos meios legais. A decisão põe fim aos direitos, deveres e efeitos do casamento, mas os cônjuges permanecem no estado civil de casados.

Na ação de divórcio que deu origem ao recurso, a autora afirmou que foi casada com o requerido sob o regime da comunhão universal de bens e que os dois estavam separados de fato havia mais de 30 anos, sem nenhuma possibilidade de reconciliação. Segundo a autora da ação, quando discutida a separação, foram divididos alguns bens comuns, porém restava uma propriedade a ser partilhada.

Instâncias ordinárias

O juiz de primeiro grau decretou o divórcio e determinou a partilha do bem restante, ficando para serem apurados em liquidação de sentença o seu valor no momento da separação de fato e a atualização, abatendo-se eventual benfeitoria realizada por um dos ex-cônjuges.

A sentença foi desconstituída pelo TJTO. Segundo o tribunal, com o fim da sociedade conjugal pela separação de fato, encerrou-se o regime de bens entre as partes, permitindo-se o curso normal da prescrição, e esta ocorreu há bastante tempo, mesmo considerando o maior prazo prescricional do Código Civil de 1916, de 20 anos.

No recurso especial dirigido ao STJ, a ex-cônjuge alegou que não poderia haver fluência do prazo de prescrição na constância do casamento. Segunda ela, embora o casal estivesse separado de fato e houvesse ocorrido a partilha de parte dos seus bens, não houve a ruptura da sociedade conjugal, motivo pelo qual não caberia falar em

prescrição.

Mitigação

O relator do recurso, ministro Moura Ribeiro, reconheceu que, pela leitura dos artigos 197 e 1.571 do Código Civil de 2002, seria possível entender que a prescrição entre os cônjuges somente flui com a morte de um deles, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial ou o divórcio – ou seja, não há previsão da separação de fato como causa de término da sociedade conjugal.

‘Ocorre que, como é sabido, o intérprete nem sempre deve se apegar somente à literalidade do texto da lei, necessitando também, ao realizar o seu juízo de hermenêutica, perquirir a finalidade da norma, ou seja, a sua razão de ser e o bem jurídico que ela visa proteger, nos exatos termos do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)’, afirmou o relator.

Com base na doutrina e no entendimento do TJTO, Moura Ribeiro destacou que as relações de ordem moral que ligam os cônjuges, como a confiança e o afeto, seriam o motivo do impedimento da fluência do prazo de prescrição na vigência da sociedade conjugal, cuja finalidade estaria na preservação da harmonia e da estabilidade da união.

Assim, o ministro entendeu ser possível a mitigação do rol de causas de dissolução da sociedade conjugal previsto no artigo 1.571, especialmente em um caso no qual houve a separação de fato em 1980, isto é, 30 anos antes do ajuizamento da ação de divórcio.

Mesmos efeitos

De acordo com o relator, se tanto a separação judicial (ato jurídico) como a separação de fato (fato jurídico), comprovadas por prazo razoável, produzem o efeito de encerrar os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e o regime matrimonial de bens, não há *óbice* em considerar passível de término a sociedade de fato e a sociedade conjugal. ‘Por conseguinte, não há empecilho à fluência da prescrição nas relações com tais coloridos jurídicos’, afirmou.

‘Entendo que a separação de fato comprovada por período razoável de tempo, ou seja, no mínimo um ano, produz os mesmos efeitos da separação judicial, sendo, portanto, circunstância que enseja a dissolução do vínculo matrimonial e não impede o curso do prazo prescricional nas causas envolvendo direitos e deveres matrimoniais’, concluiu o ministro ao manter o acórdão do TJTO.’

Dante de tal posição, o reconhecimento ao direito prescricional passa a correr entre os cônjuges após a separação de fato, permitindo a

aplicação de tais prazos às relações patrimoniais. Nesse sentido, há amplo reconhecimento jurisprudencial de que há a prescrição da indenização por benfeitorias realizadas ocorre em três anos, nos termos do art. 206, §3º, do Código Civil. Assim não há dúvidas quanto ao prazo prescricional aplicável para o exercício do direito ao resarcimento das benfeitorias realizadas no imóvel. Ele é de 3 (três) anos, tendo em vista tratar-se de pretensão de resarcimento de enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV, do CC/02). Tal posição tem amplo respaldo por toda a jurisprudência pátria, simbolizada por dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a seguir expostos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.
RECURSO ESPECIAL

MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. COMPRA E VENDA
DE IMÓVEL

Documento: 117712752 - EMENTA, RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 7de 8

Superior Tribunal de Justiça

RURAL. RESCISÃO DO CONTRATO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DAS BENFEITORIAS REALIZADAS. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE RESCINDIU O

CONTRATO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ.

[...]

A Corte de origem dirimiu a controvérsia em conformidade com a orientação firmada nesta Corte, no sentido de que o prazo prescricional do pedido de indenização por benfeitorias tem início com o trânsito em julgado do acórdão da ação de rescisão do contrato. Precedentes.

O Tribunal a quo reconheceu que o prazo prescricional aplicável à espécie é de 3 anos, fixando como termo inicial a data de 15/2/2012, quando ocorreu o trânsito em julgado da sentença que rescindiu o contrato de compra e venda de imóvel rural. Ajuizada a ação aos 4/7/2012, não há falar em prescrição, conforme consignado no acórdão recorrido.

Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para a sua alteração. 5. Agravo regimental não provido". (AgRg no AREsp

726.491/MS, 3^a Turma, DJe 09/11/2016).

Nesse sentido, outro julgado emblemático do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE TERRENO. INADIMPLEMENTO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. CONSTRUÇÃO DE CASA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO FEITO APÓS A CONTESTAÇÃO. ACOLHIMENTO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

- O pedido de indenização por benfeitorias, ainda que formulado após a contestação, é consequência lógica da procedência do pedido de resolução do contrato, cujo resultado prático é o retorno das partes ao “status quo ante”.
- Com a retomada do imóvel pela promitente-vendedora, esta não pode locupletar-se, recebendo seu terreno com a construção realizada pelos promitentes-compradores sem a correspondente indenização.
- Inocorrência de ofensa ao art. 303 do CPC. 4 - Vedaçāo do enriquecimento sem causa.
- 5 - Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 764.529/RS, 3^a Turma, DJe 09/11/2010).

3 Considerações finais

Dante de todo o contexto apresentado, apesar do direito do réu ao ressarcimento pelas benfeitorias realizadas na constância do casamento, tal direito encontra-se prescrito pelo decurso do tempo. Assim, o réu não possui qualquer direito sobre a propriedade do referido imóvel, tendo em vista que em momento algum a propriedade do mesmo lhe foi transferida pela autora, nos termos do art. 1227 e 1245 do Código Civil.

Não havendo o reconhecimento da propriedade ou da posse sobre o imóvel pelo réu, visto que o mesmo abandonou o imóvel desde a sua separação há mais de 8 (oito) anos, não há que se falar em direito a aluguéis. E por fim, quanto ao direito de ressarcimento das benfeitorias realizadas na constância do casamento, encontram-se prescritas nos termos do art. 206, § 3º, do Código Civil. Nesses termos, é o parecer.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito Civil. **Introdução**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. vol. único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil esquematizado**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. vol. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018
- ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8^a ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 1: **Lei de Introdução e Parte Geral**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, vol. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE AUTORIDADES POLÍTICAS BLOQUEAREM CIDADÃOS NAS REDES SOCIAIS

Erik Jonathan Cunha de Lima¹

1 Introdução

O fenômeno das Redes Sociais virtuais revolucionou os meios de comunicação e interação social, reproduzindo interações no meio virtual que, até então, eram mais restritas às interações humanas interpessoais de forma física. De maneira geral, as redes sociais são programas de comunicação por computadores em que cada usuário se conecta a partir de um convite pessoal, preenchendo cadastro individual pelo qual traça um perfil de gostos, tendências, hábitos e informações pessoais; imagens, parentescos, participação institucional e interesses, que vão de relacionamentos afetivos a jogos e entretenimento. (COSTA, 2012, p. 97).

Reconhecendo o poder de comunicação das redes sociais, políticos e outras autoridades públicas têm usado de seus perfis nas redes sociais para interagirem com a população, divulgar projetos de políticas públicas, atos governamentais, propostas e projetos legislativos, bem como para efetuar críticas e ataques a opositores.

Esta pesquisa objetiva verificar o uso das redes sociais por autoridades públicas, principalmente por detentores de mandato eletivo e a implicação para o direito constitucional e os direitos relacionados à liberdade de expressão e o direito à privacidade, tendo por base a atuação do Presidente da República, o sr. Jair Messias Bolsonaro, nas redes sociais e os conflitos jurídicos motivados pelos bloqueios de perfis de opositores realizado por ele. Tal situação será comparada ao caso envolvendo o ex-Presidente do EUA, Donald Trump, que teve seus bloqueios declarados

¹ Bacharel em direito pela Nova Faculdade. Assistente jurídico na Azevedo & Paula Advogados Associados. E-mail: erikdelima.adv@gmail.com.

inconstitucionais pelo Judiciário norte-americano.

Sendo assim, ao tratar de uma provável inconstitucionalidade/ilegalidade no ato de bloqueios de cidadãos por autoridades públicas nas redes sociais, esse trabalho contribuirá com o debate acerca da proteção da liberdade de expressão nos espaços virtuais e formas de limitar a atuação do Estado e de seus agentes nas redes sociais.

Esta pesquisa buscou explorar uma nova problemática surgida da popularização das redes sociais no âmbito político, sendo necessário usar do método exploratório.

Esta pesquisa se pautou amplamente no levantamento bibliográfico, utilizando de doutrinas, jurisprudência e artigos científicos. As obras doutrinárias aqui utilizadas possuem ampla intimidade com o estudo da liberdade de manifestação do pensamento.

Tendo este trabalho a atuação do atual Presidente da República nas redes sociais como objeto, foi coletado dados diretamente de seus perfis, desde suas declarações, postagens e divulgação dos atos de seu governo, bem como as reações a tais publicações. Além das informações relativas às atividades do Presidente e do Governo nas redes sociais prestadas pelos mais diversos canais de comunicação.

Foi utilizado, também, o direito comparado, visto que o caso analisado se assemelha ao do presidente norte-americano Donald Trump, que teve seus bloqueios apreciados pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América. A jurisprudência e a doutrina norte-americanas são mais atualizadas em relação ao tema abordado, de forma que a comparação do direito pátrio com o direito norte-americano colabora com a formulação das hipóteses e dos objetos desenvolvidos, analisando as teses jurídicas que podem ser adaptadas ao nosso ordenamento.

2 Desenvolvimento

No Brasil, o ápice do uso das redes sociais com intenções políticas se deu com a eleição de Jair Messias Bolsonaro, do Partido Social Liberal (PSL), ao cargo de Presidente da República na data de 28 de outubro de 2018, vencendo o candidato Fernando Haddad, do Partido dos Trabalhadores, no segundo turno das eleições ao obter 55,13% dos votos válidos (MAZUI, 2018, *online*), situação considerada “disruptiva” pelos autores Moura e Coberllini (2019), dada a fragilidade da campanha de Jair Bolsonaro, devido ao seu papel como um político de “baixo clero”, com

recursos eleitorais escassos.

Em 2018 ocorreu a eleição dos indignados e “empoderados” pelo telefone celular, de forma que Jair Bolsonaro encontrou um lugar de conforto nesta campanha, visto que, desde que começou a ganhar visibilidade a partir do ano de 2014, veio fazendo intenso uso das redes sociais para se comunicar com apoiadores e potenciais eleitores quando ainda exercia um mandato como Deputado Federal. De forma planejada ou não, Jair Bolsonaro soube usar do crescimento das mídias virtuais em relação às mídias tradicionais, sendo sua atuação direcionada para a identificação com o seu eleitorado, através da informalidade e autenticidade de sua fala e o aparente amadorismo na criação de seu conteúdo, executadas sem a utilização de grande aparato técnico e equipamentos sofisticados, gerando uma das maiores singularidades de sua campanha, que foi a voluntariedade de seus apoiadores. (MOURA; COBERLLINI, 2019, p. 116-118).

Após eleito, apesar de dispôr de uma enorme estrutura de comunicação, o Presidente prioriza o contato direto com a população através de suas contas pessoais nas redes sociais, como declarado por ele em seu discurso na cerimônia de diplomação no TSE ao dizer que “O poder popular não precisa mais de intermediação, as novas tecnologias permitiram uma relação direta entre o eleitor e seus representantes” (BOLSONARO, 2018, *online*). O Twitter, onde o Presidente mantém o perfil @jairbolsonaro, com a descrição “Capitão do Exército Brasileiro, eleito 38º Presidente da República Federativa do Brasil” na página inicial, se tornou o principal meio de comunicação dos atos de seu governo, aliados a outras plataformas como Facebook, Instagram e YouTube, onde diariamente o Presidente divulga os atos de governo. Na data de 31 de outubro de 2018, Bolsonaro tuitou acerca da nomeação de seus ministros de Estado, revestindo os seus perfis com qualidade de oficialidade para anunciar os nomes destes.²

Além das postagens referentes a nomeação de membros do Executivo, Bolsonaro constantemente divulga as ações de Governo em suas redes, além de realizar lives, semanalmente às todas quintas-feiras, pelo seu canal no YouTube³ e página no Facebook⁴, contando com a presença de

2 Fonte: Twitter. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1057668726370254848>. Acesso em: 20 dez. 2020.

3 BOLSONARO, Jair. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/c/jbolsonaro>. Acesso em: 20 dez. 2020.

4 BOLSONARO, Jair. Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/jairmessias.bolsonaro/videos>. Acesso em: 20 dez. 2020.

vários membros do Governo.

Contudo, Bolsonaro adotou um discurso combativo e agressivo contra a imprensa e opositores políticos, mostrando-se intolerante às críticas tecidas por estes. Por exemplo, um levantamento da Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ (2020, online), realizado após a monitoração das redes sociais e declarações do Presidente ao longo do ano de 2019, aponta um total de 116 declarações contra a imprensa em 2019.

Assim, Bolsonaro passou a bloquear diversos opositores em suas redes sociais, os banindo da interação social promovida nas postagens, o que gerou em conflitos perante o Poder Judiciário, dos quais foram analisados os Mandados de Segurança de nº 36.648⁵ (impetrado pela Deputada Federal Natália Bonavides) e nº 36.666⁶ (impetrado pelo jornalista Willian de Lucca), que foram bloqueados no Twitter por criticar a política ambiental do Presidente em uma postagem onde ele afirmava não aceitar a interferência de agentes internacionais na questão da Amazônia⁷, sendo que os impetrantes o acusaram de ser conivente e submisso aos interesses norte-americanos⁸ ⁹. Ambas as ações trazem argumentos semelhantes de que a conta do Presidente da República no Twitter funciona como verdadeiro canal de comunicação da Presidência da República, pelo qual são transmitidas inúmeras informações de interesse público, como posicionamentos políticos, atos de governo e anúncio de medidas, o que extrapola o alegado caráter meramente pessoal ou privado do canal. Por esse motivo, o referido bloqueio violaria os princípios basilares da Administração Pública, estampados no art. 37, da CF/88. Além disso, aduzem que os espaços de comentários nas postagens do Presidente, bem como o espaço reservado aos comentários, constituem-se “fóruns públicos”, espaços abertos pelo Governo para pautar assuntos de relevância pública, em que o Presidente não poderia impedir o acesso e a manifestação do cidadão em retaliação a críticas de natureza política.

Ainda foi tratado uma comparação com o caso *Knight First*

5 STF. Mandado de Segurança nº 36.468. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759564>. Acesso em: 20 dez. 2020.

6 STF. Mandado de Segurança nº 36.666. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5766575>. Acesso em: 20 dez. 2020.

7 BOLSONARO, Jair. *Twitter*. @jairbolsonaro. Fonte: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1164667767242596354?lang=pt>. Acesso em: 20 dez. 2020.

8 BONAVIDES, Natália. *Twitter*. @natbonavides. Disponível em: <https://twitter.com/natbonavides/status/1164700228878049282>. Acesso em: 20 dez. 2020.

9 DE LUCCA, Willian. *Twitter*. @delucca. Disponível em: <https://twitter.com/delucca/status/1164270247957975040>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Amendment Inst. na Columbia Univ. v. Trump, julgado nos EUA, onde o ex-Presidente Donald Trump, teve seus bloqueios no Twitter declarados inconstitucionais pela Justiça Federal dos EUA, sobre a fundamentação de que os bloqueios violaram o direito à liberdade de expressão dos peticionários assegurados pela Primeira Emenda, visto que os o perfil e os espaços de comentários constituem-se “fóruns públicos”.

A liberdade de manifestação de pensamento e de expressão encontra-se, principalmente, amparada nos artigos 5º, incisos IV e IX, e art. 220, da Constituição da República de 1988.

Fernandes (2020, p. 484), entende por liberdade de pensamento e de manifestação a proteção constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não – de valor. Ele complementa, dizendo que não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada por meio de gestos e expressões corporais. A liberdade de manifestação e de expressão constituiu direito essencialmente especial e fundamental, pois sua garantia é necessária para a dignidade de um indivíduo, e simultaneamente, para a construção da democracia e bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

O debate público pressupõe a busca da verdade, sendo que “a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido” sendo a liberdade de expressão direito fundamental relacionado à garantia de voz aos cidadãos na manifestação dos mais variados posicionamentos políticos e ideológicos, sendo imprescindível que os manifestantes tenham meios para tanto sem o temor de sofrer represálias por isso. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 403)

Pela instrumental da liberdade de expressão, formulada por Dworkin (2019, p. 318), o cidadão deve ser tratado como um agente moral responsável, possui o direito intrínseco de dizer o que bem entender, pois, sua fala no debate político livre, permite que ele contribua com a construção da verdade e com enfrentamento à tirania do Estado, havendo assim o bom funcionamento da democracia e a construção de uma sociedade justa.

O ordenamento pátrio, apesar da primazia com a qual a liberdade de expressão é tratada, impõe limites ao exercício desta de forma a proteger

outros direitos de igual magnitude, sobretudo a intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado a indenização material e moral decorrente de sua violação, como determina o art. 5º, inciso X, da CR/88.

Interessante traçar a comparação com o direito norte-americano que traz uma proteção quase irrestrita à liberdade de expressão, de forma que as restrições estabelecidas pelo governo devem ser neutras em relação ao conteúdo, por mais odioso que seja o discurso, geralmente associadas a modo, tempo e lugar¹⁰. Em relação às restrições com base em conteúdo, a jurisprudência norte-americana adota rígidos padrões que raramente são imputados a um discurso. Categorias de expressões que podem ser restringidas ao abrigo da Primeira Emenda incluem incitação à violência iminente¹¹, ameaças reais¹², discursos difamatórios¹³ e obscenidades¹⁴.

A decisão proferida pela juíza Naomi R. Buschwald, do Tribunal dos Estados Unidos Para o Distrito Sul de Nova York, no caso *Knight First Amendment Inst. na Columbia Univ. v. Trump*¹⁵, teve por fundamento a Doutrina do Fórum Público, desenvolvida pela Suprema Corte dos EUA¹⁶, tendo seus critérios finais estabelecidos no julgamento do caso *Perry Education Association v. Perry Local Educators 'Association* 460 US 37 (1983), se tratando de uma ferramenta analítica usada na jurisprudência da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América para determinar a constitucionalidade das restrições de discursos implementadas em propriedades governamentais. Conforme essa doutrina, existem três categorias de propriedade do governo para fins de acesso para atividades expressivas, sendo eles: 1) Fóruns públicos tradicionais ou essenciais (Ex.: calçadas, praças, parques); 2) Fóruns públicos limitados ou designados

10 U.S. Supreme Court. *Cox v. New Hampshire*, 312 US 569 (1941). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/569/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

11 U.S. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

12 U.S. Supreme Court. *Watts v. Estados Unidos* 394 US 705 (1969). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

13 U.S. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

14 U.S. Supreme Court. *Miller v. Califórnia*, 413 US 15 (1973). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

15 *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 1: 17-cv-05205 (SDNY). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2019-07-09.html>. Acesso em: 02 jan. 2021.

16 U.S. Supreme Court. *Perry Education Association v. Perry Local Educators 'Association* 460 US 37 (1983). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/37/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

(Ex.: teatros, auditórios); e, 3) Fóruns não públicos. A classificação destes fóruns caracteriza o alcance dos discursos, sendo os fóruns tradicionais os locais de manifestação do pensamento por excelência. O segundo e o terceiro, apesar de comportar um maior controle governamental, exige que as restrições do discurso sejam neutras quanto ao conteúdo da manifestação, admitindo motivos razoáveis em limitações quanto ao modo, tempo e lugar. (HUDSON JR., 2019, online)

Neste sentido, o autor David L. Hudson Jr. (2019), informa que no ano de 2019, o 2º e o 4º Circuito dos Tribunais de Apelações dos EUA, determinaram que o uso de mídia social pelo governo cria um fórum público designado, e funcionários do governo não podem se envolver em discriminação de ponto de vista bloqueando comentários. Da mesma forma, concluiu o Tribunal dos EUA para o Distrito Sul de Nova York no caso Knight First Amendment Inst. na Columbia Univ. v. Trump, afirmando que o presidente Trump violou a Primeira Emenda ao remover do “espaço interativo” de sua conta do Twitter vários indivíduos que criticavam a ele e suas políticas governamentais. A decisão foi mantida pelo 4º Circuito de Tribunais de Apelação em recurso interposto pelo ex-Presidente Donald Trump.

Apesar de não existir um entendimento jurisprudencial semelhante à Doutrina do Fórum Público construído pelo Judiciário brasileiro, o ordenamento pátrio fornece ferramentas necessárias para que a tal seja construída, haja vista que, apesar da existência de restrições à liberdade de expressão previstos na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência firmada no sentido de privilegiar o exercício da liberdade de expressão em detrimento dos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das autoridades públicas, haja vista a existência do interesse público na atuação dos mesmos dada a natureza das posições que ocupam, entendimento este compartilhado pela doutrina.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p.424), tratam sobre a figura do “homem público”, sendo aquele que envolvendo-se constantemente em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se acumule um verdadeiro interesse público, algo que não ocorreria com o cidadão comum. Neste ínterim, Humberto Nogueira Alcalá (2004, p. 161), ao abordar outros interesses em jogo, como a liberdade de expressão e informação, nota que as pessoas de relevância pública, especialmente as autoridades públicas, detentoras do poder de decidir os destinos de uma sociedade, possuem um âmbito de vida privada mais reduzido do que o das outras pessoas.

Em relação a mitigação do direito à vida privada das pessoas públicas, o STF, em 2015, adotou a tese definitiva na paradigmática decisão no julgamento da ADI nº 4815, onde se versou sobre as Biografias Não Autorizadas, sendo declarado inexigível o consenso do biografado para a publicação de obra biográfica. Fundamentou-se que a necessidade de consentimento, constitui-se espécie de censura prévia incompatível com a proteção dada pela Constituição à liberdade de expressão. Em relação às pessoas públicas, é essencial trazer a reflexão do Ministro Roberto Barroso em seu voto, colocando como pano de fundo o seu voto pela prescrição do crime de quadrilha ou bando na Ação Penal 470, pouco tempo após a tomar posse como Ministro do STF, narrando que teve de suportar críticas amargas e inverdades, como, por exemplo, de que ele teria votado dessa forma de pagamento por sua nomeação pela Presidente Dilma. Ele afirma que autoridades públicas, devem suportar críticas pelo bem do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, o Ministro Luíz Fux expressa e seu voto que à medida que cresce a notoriedade de uma pessoa, reduz-se sua esfera de privacidade. Ainda, no caso das biografias, é necessária uma proteção intensa à liberdade de informação, como direito fundamental.¹⁷

3 Conclusão

O direito brasileiro possibilita a mitigação do direito à intimidade e à vida privada de autoridades públicas a fim de garantir o exercício da liberdade de expressão. Portanto, desde que as informações veiculadas sejam estritamente de interesse público, o Estado e particulares não pode negar o acesso do cidadão a tais informações, haja vista que estas são necessárias a democracia, ao debate público, ao progresso da nação e a liberdade do cidadão.

No caso do Presidente Jair Bolsonaro, o interesse público no conteúdo publicado em suas redes sociais é latente, visto que, desde a sua eleição, elas tem servido a divulgação dos atos de seu governo, como demonstrado anteriormente.

Mesmo sendo formalmente individuais e privadas, as redes sociais do Presidente Jair Bolsonaro, bem como de vários de seus ministros e outros subordinados no Poder Executivo Federal, extrapolam o âmbito privado

¹⁷ ADI 4815, Pleno do STF, Julg. em 10.06.2015, Rel. Min. Cármén Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>. Acesso em: 05 jan. 2021.

e adentram as fronteiras do âmbito público, de forma a impossibilitar a diferenciação de conteúdo íntimo a conteúdo de interesse público.

Referências

ANO se encerra com 116 ataques de Bolsonaro à imprensa. *FENAJ*, 22 dez. 2020. Disponível em: <https://fenaj.org.br/ano-se-encerra-com-116-ataques-de-bolsonaro-a-imprensa/>. Acesso em: 22 dez. 2020.

BOLSONARO, Jair. *Discurso de Jair Bolsonaro na sua diplomação*. 2018. (8:43). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5j0P_5ykd3Y&feature=emb_title. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Constituição. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Juspodivm, 14a ed., rev., atual. e ampl., 2020; 2205 p.

HUDSON JR., David L.. Public Forum Doctrine. *MTSU*, 2009. Disponível em: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1004/obscenity-and-pornography>. Acesso em: 02 de jan. de 2021.

Knight First Amendment Institute v. Trump, No. 1: 17-cv-05205 (SDNY). *Justia*, 2021. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2019-07-09.html>. Acesso em: 02 jan. 2021.

MAZUI, Guilherme. *Jair Bolsonaro é eleito presidente e interrompe série de vitórias do PT*. *G1*, Brasília, 28 de out. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/apuracao/presidente.ghtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 4a ed., rev. E atual., 2009; 1486 p.

MOURA, Maurício; COBERLLINI, Juliano. *A eleição disruptiva*: Por que Bolsonaro venceu. Rio de Janeiro: Record, 2019. 167 p. 167

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013. 778 p.

SACONI, João Paulo. Bolsonaro anunciou 14 de 22 ministros no

Twitter. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 dez. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-anunciou-14-de-22-ministros-na-twitter-23324123>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADI nº 4815**), proposta pela Associação, Rel.: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>. Acesso em: 05 jan. 2021.

STF. Mandado de Segurança nº 36.648. **Manifestação da Procuradoria-Geral da República**, Brasília, 05 de nov. de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341660087&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

STF. Mandado de Segurança: MS nº 36.666. **Manifestação da Procuradoria-Geral da República**. Brasília, 29 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341870127&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TWITTER. **@delucca** Disponível em: <https://twitter.com/delucca>. Acesso em 20 de dez. De 2020.

TWITTER. **@jairbolsonaro**. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TWITTER. **@natbonavides**. Disponível em: <https://twitter.com/natbonavides>. Acesso em: 20 dez. 2020.

U.S. Supreme Court. Brandenburg v. Ohio, 395 US 444 (1969). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444>. Acesso em: 02 jan. 2021.

U.S. Supreme Court. Cox v. New Hampshire, 312 US 569 (1941). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/569/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

U.S. Supreme Court. Miller v. Califórnia, 413 US 15 (1973). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

U.S. Supreme Court. New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964). **Justia**, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254>. Acesso em: 02 jan. 2021.

U.S. Supreme Court. Perry Education Association v. Perry Local

Educators ‘Association 460 US 37 (1983). *Justia*, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/37/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

U.S. Supreme Court. Watts v. Estados Unidos 394 US 705 (1969). *Justia*, 2021. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705>. Acesso em: 02 jan. 2021.

POSFÁCIO

A produção literária que aqui se encerra é um compilado de provocações. No curso do livro, se reflete sobre os atores responsáveis pelo direito fundamental constitucional e transindividual da educação, bem como os respectivos papéis colaborativos e solidários que representam, como ponto de partida e demarcação do trajeto.

Se a palavra “educação” pudesse ser materializada, a descreveria como um mapa. Aquele que apresenta o mundo, traça os caminhos e aguça a curiosidade. É através de tão pequeno substantivo que oportunidades surgem e nações se desenvolvem.

Não obstante o custo e os meios para implementar o progresso sejam altos, tão importante quando encontrar as soluções para as adversidades é a identificação das lacunas que impedem o pleno exercício do direito à educação no Brasil.

Para seguir viagem, faz-se necessário um planejamento, de modo que os recursos precisam ser alocados de maneira eficaz, em especial considerando o interesse público, ou seja, a comunhão dos interesses particulares em prol do bem comum.

Percebe-se, no transcorrer das investigações, que a educação é a mola propulsora do crescimento econômico. Sua qualidade está diretamente relacionada à geração de trabalho e emprego digno, consequentemente a erradicação da pobreza, bem como à sustentabilidade, graças aos meios de informação mais bem utilizados, finalmente, garantindo plenamente o exercício da democracia e uma vida digna, dentre outros direitos que se beneficiam.

Outrossim, o conhecimento é o combustível da criatividade. Esta idealiza as soluções, as quais serão implementadas com os instrumentos à disposição dos agentes. Claramente uma demonstração de interconexão com todos os sistemas. A consciência do dever de proteção ao meio ambiente só vem à lume quando se comprehende suas causas, efeitos e consequências, provenientes do ensino adequado. A recíproca é verdadeira quando se analisa o grau de interferência da insalubridade e poluição para o exercício do direito à educação e ao trabalho.

Os questionamentos são estendidos aos direitos fundamentais que interferem diretamente na postura do indivíduo perante a sociedade,

versando acerca da exigibilidade, que abrange a eficácia dos princípios constitucionais, a postura e instrumentalidade do Poder Judiciário para garantir-lhos quando não implementadas as devidas políticas públicas.

Estas prerrogativas se expandem para a nova realidade, e faz pensar no compromisso dos direitos fundamentais como meio hábil para integração entre tecnologias e humanidade, inclusive no bojo do direito privado e as garantias de primeira dimensão.

Como Atlas, aquele que carrega em seus ombros o peso do mundo, o provocador e pesquisador do direito tem a árdua missão de averiguar quais os obstáculos ao exercício pleno dos direitos fundamentais, assim como em uma terapia, romper com o *status quo* e quebrar paradigmas.

Faz-se um alerta às políticas públicas de direito à saúde, atentando às necessidades e vulnerabilidades de seus usuários, visto que a inovação deve beneficiar e incluir a todos, como verdadeira expressão da justiça social, pois é preciso saber viver, não sobreviver.

Não há solução se inexistem problemas. A presente coletânea abriu a caixa de pandora com a relevação de dores que ardem no âmago da ineficiência dos direitos fundamentais pouco ou mal implementados, contudo, suas elucidações docemente apresentaram possíveis respostas à crise.

Se nos caminhos existem pedras, por que não fazer delas uma obra de arte?

Assim se fez. Com diálogo acerca das vulnerabilidades que pairam os direitos fundamentais, o fim da trajetória é mais que um conjunto de conclusões, e sim um convite à coragem, para que seus leitores, como a que vos escreve, movam-se para a descoberta de uma nova jornada, levando consigo na memória a pedra fundamental: o conhecimento liberta.

Cândido Mota, 22 de outubro de 2023.

Ana Clara Vasques Gimenez

SOBRE OS ORGANIZADORES



Cristina Rezende Eliezer: Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUC'blica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq) - PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista na Revista Arquivo Brasileiro de Educação - Pós-graduação em Educação (PUC Minas). Advogada. Pedagoga.



Débora Moreira Maia Ricaldoni: Técnica em Administração pelo Sebrae (2003). Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2009). Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010). Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão. Organização e Mudança, Licenciada em Sociologia pela Uniplena (2023) e Graduanda em Direito Médico pela CERS (2023). Professora de Direito Civil da “Nova Faculdade” desde 2014 das matérias: Teoria Geral do Direito Privado, Direito das Obrigações, Direito dos Contratos, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões e Coordenadora do Curso de Direito da Nova Faculdade desde Agosto de 2022



Vinícius da Costa Gomes: Docente na Faculdade Universo e Nova Faculdade (Promove). Assessor na Ouvidoria de Prevenção e Combate a Corrupção do Estado de Minas Gerais. Mestre em “Instituições sociais, direito e democracia” pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático com certificação pela Universidade de Coimbra/Portugal, em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e em “A moderna Educação: metodologias, tendências e foco no aluno” (Neurociência da educação; metodologias ativas; etc) pela PUC/RS. Mediador internacional de conflitos pela Universidade Católica Portuguesa - Porto com certificação pelo International Mediation Institute e Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Avaliador do MEC e da OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Ex-conselheiro estadual da Cruz Vermelha de Minas Gerais, ex-membro da comissão do Direito na Escola da Ordem dos Advogados do Brasil - Minas Gerais, embaixador do programa Politize e membro da organização Inspira Sonhos Real. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Formação complementar: “Docente jurídico” e “Ensino participativo” na Fundação Getúlio Vargas; “Professor autor e tutor em ensino à distância” na Fundação João Pinheiro; “Justice” pela Harvard University/EUA; “Ética” e “Ciência Política” pela USP; e, “Professor Digital” pelo Google Inc; “Tecnologia da Informação e Comunicação para Educadores” pelo Instituto Federal Minas Gerais. Possui experiência na área do Direito Público.

O Direito, em face do seu caráter complexo e multifacetado, desempenhou diferentes papéis ao longo da história. Tal fato, por evidente, teve como consequência a construção dos mais variados entendimentos acerca do seu conteúdo, da sua função e da sua aplicação. Nesse contexto de pluralidade de entendimentos, o final da Segunda Guerra Mundial significou, para o Direito, o início da constituição de novos caminhos teóricos. O desastre ocorrido na Europa convocou pesquisadores e estudiosos da ciência jurídica para a revisão das características basilares do conhecimento produzido até então. Começou-se a sustentar que a pessoa humana não mais poderia ser objeto de textos que não valoravam positivamente a sua dignidade. Diante disso, o Direito passou a buscar a mudança do status quo social, a restauração da centralidade da dignidade humana e a importação e solidificação dos direitos e das garantias fundamentais no ordenamento jurídico. No Brasil, não foi diferente e, por meio de um livro rigoroso do ponto de vista metodológico e coerente do ponto de vista teórico-argumentativo, meus colegas, por meio da obra “Direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro”, materializam um incentivo ao estudo dos direitos humanos e das suas respectivas relações com as mais diferentes matérias de direito. Fato é que tais temas são caros para uma compreensão sistemática dos problemas jurídicos contemporâneos, de forma que o livro contribui para a formação do leitor, estudioso intrigado do direito, que busca um diálogo robusto que permita a concordância, a discordância, a complementação e novos questionamentos. O árduo trabalho dos organizadores Cristina Rezende Eliezer, Débora Moreira Maia Ricaldoni e Vinícius da Costa Gomes, tornou viável a compilação de textos que reúnem temas complexos largamente discutidos na contemporaneidade, viabilizando a socialização de conhecimentos que, não raras as vezes, ficam restritos ao plano teórico-acadêmico. Por isso, tal obra é indispensável ao operador do direito que deseja compreender as temáticas mais caras do direito atual, sem se distanciar da realidade prática que nos cerca.

Carlos Eduardo Brandão de Castro Basílio

