

Liber Amicorum

Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto

Prefácio: José Bernardo Cabral

Organizadoras

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto

Inajara Piedade da Silva

Andréa Poletto Sonza



EDITORA
INSTITUTO UNIVERSITÁRIO

**Estudos em
homenagem
ao ministro
Carlos
Ayres
Britto**

Organizadoras

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto

Inajara Piedade da Silva

Andréa Poletto Sonza

Estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto

Rio de Janeiro

2025

Copyright©2025.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, de qualquer forma ou por qualquer meio, sem a autorização prévia e por escrito dos autores. A violação dos Direitos Autorais (Lei n.º 9610/1998) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Capa e diagramação: Andréa Menezes

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8 8846

B862e Britto, Nara Pinheiro Reis Ayres de; **Silva**, Inajara Piedade da; **Sonza**, Andréa Poletto (org).

Estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto / Organizadoras: Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto, Inajara Piedade da Silva e Andréa Poletto Sonza; Prefácio de J. Bernardo Cabral. -- 1. ed. -- Rio de Janeiro, RJ : Instituto Universitário Editora, 2025. 402 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-984270-1-6

1. Constituição. 2. Direitos. 3. Fundamentais. 4. STF. I. Título. II. Assunto. III. Organizadoras.

25-3098402

CDD 341.2:923.2

CDU 342:929

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

- 1.** Direito Constitucional; Biografia de políticos, diplomatas e legisladores.
- 2.** Direitos humanos; Biografia / autobiografia.

SUMÁRIO

Apresentação.....	9
Prefácio	15
J. Bernardo Cabral	
O conceito de deficiência: necessidade de ampliação desde o recurso em mandado de segurança n.º 26071/DF de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto	19
Iara Antunes de Souza	
Objetivos nacionais e as Forças Armadas na Constituição de 1988	39
Leila Maria Bittencourt da Silva	
A Constituição Federal e a mulher	47
Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto	
Bryan Phillip de Jongh Martins	
Violência contra a mulher e o direito de ir e vir.....	67
Sílvia Pérola Teixeira	
Direitos fundamentais: discurso, semiótica, semântica e a “natureza das coisas”	89
Rodrigo Lobato Oliveira de Souza	
O princípio da dignidade da pessoa humana e a prática da obstinação terapêutica.....	111
Ana Maria Anatocles	
O direito humano à alimentação adequada e políticas públicas	143
Daiana Tolfo Bitencourt	
“Consideramos justa toda forma de amor” e a ameaça de um retrocesso legislativo	165
André Luiz Pancioni	
Gabriela Quinhones de Souza	

O direito do trabalho e a sua relação com a proteção dos direitos humanos.....	191
Guilherme Sebalhos Ritzel	
Empresas inclusivas: desafios e oportunidades trazidas pela inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.....	207
Inajara Piedade da Silva	
Miriam Graciela Prediger Mainard	
Direito penal do inimigo sob o viés humanista	219
João Lievore	
O estudo do direito internacional, tratados internacionais e audiência de custódia	233
Beatriz Abraão de Oliveira	
Pietra Rangel Bouças do Vale	
A função social do tributo em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	251
Roberta Espinha Corrêa	
Política tributária e agrotóxicos: análise de aspectos controversos	269
Andressa C. Schneider	
Leonardo C. Napp	
O processo civil de resultado e a Constituição da República de 1988.....	285
Fernando de Paula Gomes Ferreira	
Da responsabilidade civil por acidente de consumo: caso da cervejaria Backer	297
Júlio César Piedade da Silva	
O sistema de segurança social a luz dos direitos humanos em tempos de pandemia: perspectivas de futuro	315
Carla Dolezel Trindade	
Simão Aznar Filho	
Carlos Alberto Paraguassu Chaves	

A usucapião de imóveis em loteamentos irregulares à luz dos princípios constitucionais brasileiros.....	339
---	-----

Carlos Alberto Diogo de Souza Filho

Direitos humanos, políticas de ações afirmativas e educação: práticas no IFRS.....	373
--	-----

Andréa Poletto Sonza

Greicimara Vogt Ferrari

Lauren de Lacerda Nunes

Inajara Piedade da Silva

Alba Cristina Couto dos Santos Salatino

Dados das Organizadoras do Livro	399
--	-----

APRESENTAÇÃO

A obra “Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto” é uma merecida homenagem aos muitos anos de contribuição do ministro à sociedade brasileira. Reunindo capítulos escritos por renomados juristas, professores e pesquisadores, o livro celebra a trajetória exemplar de Carlos Ayres Britto, destacando seu impacto no campo jurídico e seu compromisso com os valores democráticos e os direitos fundamentais. Cada capítulo reflete o profundo respeito e admiração dos autores por sua dedicação à justiça e ao desenvolvimento do direito no Brasil.

O primeiro capítulo deste livro, escrito pela Professora Iara Antunes de Souza, aborda “O conceito de deficiência e a necessidade de sua ampliação, com base no recurso do Mandado de Segurança nº 26071/DF, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto”. A autora mineira examina em profundidade o entendimento jurídico sobre a deficiência e propõe uma reflexão sobre a inclusão e os direitos das pessoas com deficiência, destacando a importância de uma visão mais abrangente e atualizada no campo jurídico. Este capítulo oferece uma contribuição significativa para o debate sobre direitos e o quanto impactam a acessibilidade no Brasil.

A Professora Leila Maria Bittencourt da Silva, no segundo capítulo deste livro, oferece uma análise instigante sobre os objetivos nacionais e o papel das Forças Armadas, conforme estabelecido na Constituição de 1988. A autora aprofunda a reflexão sobre como as Forças Armadas se inserem no contexto constitucional, explorando sua função e importância para a garantia da soberania e da ordem dentro dos marcos legais do país. Este capítulo é essencial para quem deseja entender melhor a relação entre o poder militar e o Estado democrático de direito no Brasil.

O terceiro capítulo, escrito pela Professora Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto e pelo Advogado Bryan Phillip de Jongh Martins, apresenta uma análise profunda sobre a relação entre a Constituição Federal e a mulher. Os autores exploram as questões jurídicas e sociais que envolvem os direitos das mulheres no contexto constitucional brasileiro, destacando a evolução das garantias legais e os desafios ainda enfrentados. Este capítulo oferece uma reflexão

essencial para compreender o papel da mulher na sociedade sob o prisma da legislação e da justiça.

A Professora Sílvia Pérola Teixeira aborda um tema de extrema relevância no quarto capítulo: “Violência contra a mulher e o direito de ir e vir”. A autora e ativista da causa examina como a violência afeta diretamente o direito fundamental das mulheres à liberdade de locomoção, trazendo à tona questões jurídicas e sociais que envolvem a proteção e a garantia desse direito. Com uma análise cuidadosa, o capítulo oferece uma visão crítica sobre a realidade enfrentada por muitas mulheres e a importância de políticas públicas efetivas para garantir sua segurança e autonomia.

No quinto capítulo, intitulado “Direitos Fundamentais: Discurso, Semiótica, Semântica e a Natureza das Coisas”, o Advogado e Pesquisador Rodrigo Lobato Oliveira de Souza oferece uma análise profunda e inovadora sobre os direitos fundamentais. Através das lentes do discurso jurídico, semiótica e semântica, o autor explora a essência e a interpretação desses direitos, destacando a importância da linguagem e da compreensão simbólica na construção e aplicação das normas. Esse capítulo proporciona uma reflexão rica sobre a natureza dos direitos humanos e sua influência na sociedade contemporânea.

“O princípio da dignidade da pessoa humana e a prática da obstinação terapêutica” foi o tema do sexto capítulo, de autoria da Advogada Ana Maria Anatocles, onde a autora investiga os dilemas éticos e jurídicos relacionados à obstinação terapêutica, uma prática que muitas vezes prolonga o sofrimento dos pacientes em estado crítico. Com uma análise fundamentada no princípio da dignidade humana, o capítulo oferece uma reflexão profunda sobre os limites do tratamento médico, destacando a importância do respeito à autonomia e ao bem-estar do paciente frente às decisões sobre a vida e a morte.

No capítulo dedicado ao tema “O Direito Humano à Alimentação Adequada e Políticas Públicas”, a Advogada Daiana Tolfo Bitencourt oferece uma análise abrangente sobre a importância de garantir o acesso à alimentação como um direito fundamental. A autora examina o papel das políticas públicas na promoção de uma alimentação saudável e acessível, destacando os desafios e as responsabilidades dos governos na implementação de medidas eficazes. O capítulo traz uma reflexão crítica sobre a relação entre justiça social, segurança alimentar e o desenvolvimento de políticas que assegurem o bem-estar da população.

No oitavo capítulo, intitulado “Consideramos justa toda a forma de amor” e a ameaça de um retrocesso legislativo”, os autores André Luiz Pancioni e Gabriela Quinhones de Souza abordam com profundidade as questões relacionadas aos direitos afetivos e à diversidade nas relações humanas. O capítulo explora os riscos de retrocessos legislativos que ameaçam a garantia de direitos conquistados por diversas minorias, com destaque para os direitos da comunidade LGBTQIAPN+. Os autores promovem uma reflexão crítica sobre os desafios que surgem no cenário jurídico atual, defendendo a importância de preservar o respeito e a igualdade para todas as formas de amor.

No nono capítulo, dedicado ao “Direito do Trabalho e sua relação com a proteção dos Direitos Humanos”, o Advogado Guilherme Sebalhos Ritzel aborda a interconexão entre a legislação trabalhista e os princípios fundamentais dos direitos humanos. O autor explora como o Direito do Trabalho pode e deve atuar como um instrumento para garantir a dignidade do trabalhador, assegurando condições justas de trabalho e promovendo a equidade social. A análise reflete sobre as principais normas trabalhistas e seus impactos na proteção dos direitos fundamentais, destacando a importância de políticas inclusivas e de respeito aos direitos básicos no ambiente laboral.

“Empresas Inclusivas: desafios e oportunidades trazidas pela inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho” é o décimo capítulo do livro, nele as autoras Inajara Piedade da Silva e Miriam Graciela Prediger Mainard discutem as complexidades e benefícios da inclusão de pessoas com deficiência no ambiente corporativo. A abordagem trazida pelas autoras expõe os desafios enfrentados pelas empresas ao implementarem práticas inclusivas, como a adaptação de espaços, mudanças culturais e quebra de preconceitos, além das oportunidades que surgem ao promover a diversidade. O capítulo traz uma reflexão sobre a importância de políticas inclusivas e o impacto positivo que a inclusão pode gerar para todos os envolvidos, reforçando o papel das empresas na construção de uma sociedade mais justa e acessível.

No capítulo intitulado “Reflexões sobre a LGPD no Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho”, a Advogada Larissa Matos e o Magistrado Oscar Krost oferecem uma análise detalhada sobre o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto das relações trabalhistas. Os autores exploram como a LGPD afeta tanto os direitos individuais dos trabalhadores quanto as dinâmicas coletivas e processuais no ambiente de trabalho. O capí-

tulo aborda as responsabilidades das empresas no tratamento de dados pessoais, as implicações jurídicas da proteção de informações e os desafios para garantir a conformidade com a legislação. A obra traz importantes reflexões sobre o equilíbrio entre a privacidade dos trabalhadores e as necessidades empresariais, destacando a relevância da LGPD no cenário atual.

O Professor João Lievore explora o tema “Direito Penal do Inimigo sob o viés humanista” no décimo segundo capítulo, oferecendo uma análise crítica sobre essa teoria penal. O autor discute as implicações do Direito Penal do Inimigo, que propõe um tratamento diferenciado para aqueles considerados uma ameaça à sociedade, contrapondo essa visão com os princípios do humanismo. Lievore analisa os dilemas éticos e jurídicos dessa abordagem, destacando a necessidade de preservar os direitos humanos e as garantias fundamentais, mesmo em situações de maior risco social. O capítulo proporciona uma reflexão profunda sobre o equilíbrio entre segurança e justiça no Direito Penal.

No décimo terceiro capítulo, dedicado ao “Estudo do Direito Internacional, Tratados Internacionais e Audiência de Custódia”, as Pesquisadoras Beatriz Abraão de Oliveira e Pietra Rangel Bouças do Vale exploram a importância dos tratados internacionais e sua influência sobre o sistema jurídico nacional, com um foco especial na audiência de custódia. As autoras analisam como esses instrumentos internacionais garantem os direitos fundamentais, especialmente no que se refere à proteção da liberdade individual e à prevenção de abusos durante o processo penal. Este capítulo oferece uma reflexão crítica sobre o impacto do Direito Internacional no fortalecimento das garantias processuais e no respeito aos direitos humanos.

A Advogada Roberta Espinha Corrêa aborda o tema “A função social do tributo em homenagem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” no décimo quarto capítulo, explorando o papel essencial dos tributos na promoção do bem-estar social. A autora analisa como a arrecadação fiscal, quando orientada por uma perspectiva humanista, pode contribuir para a redução das desigualdades e a garantia dos direitos fundamentais. O capítulo destaca a importância de uma política tributária que respeite o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mostrando como os tributos podem ser ferramentas de justiça social e desenvolvimento inclusivo.

No décimo quinto capítulo, intitulado “Política tributária e agrotóxicos: análise de aspectos controversos”, a Professora Andressa Schneider e o Procurador da Fazenda Nacional Leonardo Napp examinam os desafios e contradições presentes na tributação dos agrotóxicos no Brasil. Os autores exploram os impactos econômicos, ambientais e sociais da política tributária aplicada a esses produtos, levantando questões sobre os incentivos fiscais e as implicações para a saúde pública e o meio ambiente. Com uma análise crítica, o capítulo discute a necessidade de reformular a abordagem tributária para alinhar os interesses econômicos com a proteção ambiental e o bem-estar social.

O Professor goiano Fernando de Paula Gomes Ferreira, no décimo sexto capítulo, dedicado ao tema “O Processo Civil de Resultado e a Constituição de 1988”, oferece uma análise detalhada sobre o impacto da Constituição de 1988 no processo civil brasileiro. O autor examina a evolução do processo civil com foco nos resultados, destacando como a Carta Magna influenciou a busca por soluções mais eficazes e justas no âmbito judicial. Este capítulo traz uma reflexão crítica sobre a relação entre o processo civil e os direitos fundamentais, enfatizando a importância da eficiência e celeridade processual para garantir a justiça no cenário jurídico contemporâneo.

No capítulo intitulado “Da Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo: O Caso da Cervejaria Backer”, o Advogado gaúcho Júlio César Piedade da Silva analisa um dos casos mais emblemáticos de responsabilidade civil no Brasil. O autor examina as implicações jurídicas do acidente de consumo envolvendo a Cervejaria Backer, discutindo os direitos dos consumidores e as obrigações das empresas no contexto de danos causados por produtos. O capítulo oferece uma reflexão profunda sobre a legislação de proteção ao consumidor e os desdobramentos legais de casos de responsabilidade civil, destacando a importância da segurança e fiscalização no mercado de consumo.

O Sistema de Segurança Social à Luz dos Direitos Humanos em Tempos de Pandemia” de autoria da Reitora Carla Dolezel Trindade, do Chanceler Simão Aznar Filho da Faculdade Instituto Universitário o Rio de Janeiro (FIURJ) e do professor Carlos Alberto Paraguassu Chaves é o décimo oitavo capítulo do livro e oferece uma análise abrangente sobre os desafios enfrentados pelo sistema de segurança social durante a pandemia. Os autores examinam como os direitos humanos foram impactados nesse período crítico, destacando a

importância da proteção social para garantir a dignidade e o bem-estar da população. O capítulo aborda as medidas adotadas para mitigar os efeitos da crise sanitária e suas implicações jurídicas e sociais, propondo reflexões sobre a necessidade de fortalecer políticas públicas em momentos de vulnerabilidade.

“A Usucapião de Imóveis em Loteamentos Irregulares à Luz dos Princípios Constitucionais Brasileiros” é o capítulo desenvolvido pelo Pesquisador Carlos Alberto Diogo de Souza Filho, que examina a usucapião de imóveis situados em loteamentos irregulares à luz dos direitos e garantias constitucionais. O autor analisa como os princípios fundamentais da Constituição Brasileira, como a função social da propriedade e o direito à moradia, influenciam a regularização de imóveis e a proteção dos ocupantes. Este capítulo oferece uma reflexão aprofundada sobre o papel do Estado e da legislação na busca por soluções justas e inclusivas para a regularização fundiária no país.

A obra é concluída com o capítulo intitulado “Direitos Humanos, Ações Afirmativas e Educação: Práticas no IFRS”, elaborado pelas professoras do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS): Andréa Poletto Sonza, Greici-mara Vogt Ferrari, Lauren de Lacerda Nunes, Inajara Piedade da Silva e Alba Cristina Couto dos Santos Salatino. Neste capítulo, as autoras exploram as iniciativas de ações afirmativas e seu impacto no campo da educação, com foco nas práticas adotadas pelo IFRS. O texto analisa como essas ações promovem a inclusão e a equidade no ambiente educacional, além de reforçar o compromisso da instituição com os direitos humanos, proporcionando uma reflexão sobre a importância de políticas educacionais que respeitem e valorizem a diversidade.

Boa Leitura!
Organizadoras

PREFÁCIO

J. Bernardo Cabral

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

15 de agosto de 1989

Solenidade: Concessão do Colar Mérito Tribunal de Justiça de Sergipe

Ali me encontrava para ser homenageado e receber os cumprimentos de inúmeras autoridades, estaduais e federais, em solenidades que tais. Uma delas jamais saiu da minha memória. Apresentou-se como Procurador do Tribunal de Contas de Sergipe e pronunciou o seu nome: Carlos de Ayres Britto.

Ao meu juízo, pareceu-me estar se aproximando dos 50 anos de idade, enquanto eu já estava beirando os 60 anos. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe, a nossa conversa girou em derredor da Constituição Federal de 1988 e dele pressenti um ser de honestidade intelectual, firmeza de princípios e perseverança no bem comum.

O tempo foi passando, como de costume, depressa, levando o que restava da nossa juventude. E a velhice chegou antes do tempo. Hoje, aos 92 anos de idade, e 70 de Colação de Grau em Direito, sou convidado para redigir o Prefácio dos Estudos realizados em homenagem exatamente ao Ministro Ayres Britto.

Quanta honra! Debitei ao fato de tê-lo conhecido, pessoalmente, e, com ele, convivido ao longo da nossa existência.

Examinei a obra original e posso afirmar que os ESTUDOS que a compõem formam um conjunto profundamente analítico-jurídico-constitucional, confirmadora de que os seus Autores, sem exceção, são verdadeiros escafandristas do atual mar revolto do Direito, onde sobressaem razões de ordem moral, religiosa e de saúde pública. E mais: deixam os que são portadores de miope exegética no lugar que merecem: no vazio da Hermenêutica.

Além disso, abordam, com fidelidade, os estudos à consagração da proteção da mulher feita pela Constituição de 1988, nos direitos fundamentais, ao ressaltar se a mulher pode usufruir o seu direito constitucional de ir e vir, a par da sua liberdade de locomoção e, sobretudo, o respeito ao princípio da dignidade humana.

A leitura destes Estudos e a quem é o seu homenageado, me levaram, pela sua densidade e estruturação, a elaborar – em apertada síntese – uma ligeira apreciação em derredor dos regimes que tiveram longevidade, ao longo da História, assim como os que estão conscientes de que a confiança nas instituições democráticas diminuem, ao tempo em que a ascensão do sentimento populista vai transformando o Estado no instrumento e fonte do poder, gerando um clima de favoritismo – para não dizer de paternalismo – irmãos gêmeos da ineficiência.

Nesse passo, coloco em relevo, os inúmeros regimes que desfrutaram de uma demorada permanência de existência acabaram por ter algo em comum: a ruína.

Exemplos:

- a democracia ateniense durou mais de dois séculos.
- os romanos governaram por quase quinhentos anos.
- a República de Veneza permaneceu serena por mais de um milênio.

Ora, quem poderia prever a morte desses sistemas de governo, nos seus últimos anos, seria alvo de zombaria. No entanto, chegou o momento em que a democracia ateniense, o governo autônomo de Roma e até a República de Veneza deixaram o palco da História.

É deplorável que essa lição não seja assimilada e muito menos levada a sério, porque quem não aprende a lição da História, corre o risco de repetir os erros. Infelizmente, o populismo vem sobrepujando a democracia liberal.

Destaco.

Na Hungria, Filipinas, Polônia, Índia e Turquia, há uma semelhança entre os que assumiram o poder nesses países. O traço característico é o populismo autoritário, muito embora a Índia seja considerada a democracia mais popular do mundo e a Polônia seja aclamada como o mais bem sucedido transcurso pós comunista.

Ademais, fica incomodamente óbvio – se esses autoritários que conquistaram o poder e estão mudando as regras do jogo – comprovar que o sentimento populista está num crescendo e suas pretensões são desferir um grande golpe contra a liberdade e autonomia do mundo, em direção à ditadura. Só que nela, a Nação fica de joelhos e, caso não se coloque de pé, não terá condições de abraçar o abraço da legitimidade do povo.

Saio da digressão e me coloco de volta ao início destas considerações, à guisa de Prefácio. Estou no dia 25 de junho de 2003: posse daquele Professor de Direito Constitucional, Carlos Ayres Britto no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Ao término da solenidade, tive aquela sensação de que estava certo quando fiz a minha dedução sobre ele: - o seu senso moral e a sua dignidade nasceram com ele, indubitavelmente, porque a vida jamais confere esses atributos a quem quer que seja.

Esperei sua atuação como Julgador até a sua trajetória final, como Presidente. E posso afirmar foi o Juiz íntegro que se tornou surdo às influências estranhas, não compartilhando com a prepotência, indiferente ao medo pelos poderosos e se fixou no objetivo com que cumpriu a sua missão: - assegurou os legítimos direitos das partes em litígio.

Jamais se utilizou do aval da omissão – esse subproduto do nada e do não – ou da cautela do silêncio, gestos de covardia que, um dia, levam o homem público ao cadafalso da opinião pública.

E mais: - O notável julgador... o brilhante Professor de Direito Constitucional... o grande defensor da Constituição Federal de 1988, Carlos Ayres Britto... por todos os cargos que passou não amealhou fortunas nem delas se tornou vigia, e que nunca foi um ser humano atormentado pelas ambições pessoais ou pelo Poder.

Chego ao final, com as necessárias desculpas, malgrado ter sido forçado a amputar dados da excelente vida jurídica e pessoal daquele que, ao ser aposentado, compulsoriamente, fez com que o Supremo Tribunal Federal sofresse uma perda muito sensível e os seus Companheiros um convívio incomparável.

E se fico por aqui, é que advertia Payer antigo “bâtonnier” sobre a arte de expor os textos e desenvolver os argumentos:

“Se resumirdes muito não sereis compreendidos.
Se vos alongardes, fatigareis. Se disfarçais muito o
ponto e o argumento, tornar-vos-ei inútil. Se
insistirdes nos silogismos, parecereis pesados”.
(Fernand Payer, in “Le Barreau”, Paris, 1934).

Foi o que procurei fazer em derredor de uma vida interior tão rica e cheia de significados como a de AYRES BRITTO, o julgador em cujas mãos os autos não penaram como as almas do purgatório ou não arrastaram sonos esquecidos como as preguiças do mato, na célebre imagem de Rui.

Se, no elenco de toda a sua existência, como fecho final deste simples Prefácio, alguém me perguntasse:

– A quem Você compara o Ministro CARLOS AYRES BRITTO?

Responderia: – A ele não comparo. Eu o separo.

J. Bernardo Cabral

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2024

O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA: NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DESDE O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 26071/DF DE RELATORIA DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

Iara Antunes de Souza¹

Resumo

Entre um conceito restritivo e um conceito ampliado de deficiência está o pleno exercício de direitos pelas pessoas com deficiência. Conceito restritivo é aquele atrelado ao modelo médico, é o reconhecido e regulado pelo Decreto n.º 3.298/1999. Conceito ampliado é biopsicossocial, reconhecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A insuficiência do modelo médico e fechado do Decreto foi reconhecido desde o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26071/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, no Supremo Tribunal Federal, em 2007. Posteriormente, foi editada a Súmula n.º 377 do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, para reconhecer como pessoas com deficiência a pessoa com visão monocular. É diante desse cenário que se discute o conceito de deficiência e a necessidade de aplicação efetiva do modelo ampliado de deficiência, na vertente biopsicossocial. Trata-se de pesquisa teórico-dogmática, que busca uma interpretação crítica do direito posto para o reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência e a efetividade de seus direitos.

Palavras-chave: Conceito de deficiência. Modelo médico. Modelo biopsicossocial. Decreto n.º 3.298/1999. RMS n.º 26071/DF STF.

Abstract

Between a restrictive concept and an expanded concept of disability lies the full exercise of rights by people with disabilities. A restrictive concept is one linked to the medical model, recognized and regulated by Decree nº 3.298/1999. An expanded concept is biopsychosocial, recognized by the International Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities and by the Statute of Persons with Disabilities. The insufficiency of the medical and closed model of the Decree has been recog-

1 Doutora e Mestra em Direito. Professora da graduação em Direito e do mestrado acadêmico “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto/UFOP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico – CEBID-JUSBIOMED. Coordenadora do Projeto de Extensão Direitos das Pessoas com Deficiência – DPD/NDH/PROEX/UFOP. iara@ufop.edu.br.

nized since the judgment of the Ordinary Appeal in Writ of Mandamus No. 26071/DF, reported by Minister Carlos Ayres Britto, at the Federal Supreme Court, in 2007. Subsequently, Precedent No. 377 of the Superior Court of Justice was published in 2009, to recognize people with monocular vision as people with disabilities. It is in this scenario that the concept of disability and the need for effective application of the expanded model of disability are discussed, from a biopsychosocial perspective. This is theoretical-dogmatic research, which seeks a critical interpretation of the law aimed at recognizing the diversity of people with disabilities and the effectiveness of their rights.

Key-Words: Disability concept. Medical model. Biopsychosocial model. Decree nº 3.298/1999. RMS n. 26071/DF STF.

Introdução

O conceito de deficiência está atrelado ao modelo de aferição de deficiência. O modelo médico parte exclusivamente dos impedimentos e da funcionalidade na deficiência, que se encontra na pessoa, que tem amparo em laudo médico com respaldo na Classificação Internacional das Doenças - CID. É um modelo, portanto, limitado, categorizante e hegemônico. O modelo médico, é o reconhecido e regulado pelo Decreto n.º 3.298/1999.

Já o modelo biopsicossocial, de avaliação multidisciplinar, é ampliado, e reconhece a deficiência não só diante dos impedimentos pessoais físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, mas amplia sua percepção para a interação desses impedimentos com as barreiras sociais, o que impede com que a pessoa exerça seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas. Logo, desloca o foco exclusivo da pessoa e o aloca, também e principalmente, na sociedade, que não é capaz de quebrar as barreiras para a plena inclusão. Esse modelo é o trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, conhecida como Carta de Nova Iorque, da Organização das Nações Unidas, que incorporou ao Direito brasileiro por meio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, e, considerando que sua aprovação se deu nos termos do disposto no §3º² do art. 5º da Constituição da República de 1988, a dita convenção tem status de norma constitucional, como direito fundamental. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como é conhecida a Lei

2 “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Brasil, 1988).

Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência n.º 13.146/2015 - LBI/EPD, também adota o conceito por meio do modelo biopsicossocial.

O que se observa é que o questionamento acerca da insuficiência do modelo médico como conceito de deficiência é reconhecido desde o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26071/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, no Supremo Tribunal Federal - STF, em 2007. O caso específico trouxe à tona a insuficiência do conceito de pessoa com deficiência visual fechado e hegemônico do inciso III³ do art. 4º do Decreto n.º 3.298/1999, que não reconhece expressamente a pessoa com visão monocular como pessoa com deficiência. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ - editou a Súmula n.º 377, em 2009, para reconhecer como pessoas com deficiência a pessoa com visão monocular.

É diante desse cenário que se discute o conceito de deficiência e a necessidade de aplicação efetiva do modelo ampliado de deficiência, na vertente biopsicossocial.

Trata-se de pesquisa teórico-dogmática, que busca uma interpretação crítica do direito posto para o reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência e a afetividade de seus direitos.

1 Do Modelo Médico ao Modelo Biopsicossocial de Deficiência

O modelo médico de deficiência é aquele que reconhece que a deficiência está na pessoa que porta doença ou algum impedimento que diminua ou retire sua funcionalidade, nos termos da CID⁴ ou da Classificação Internacional de Funcionalidades – CIF⁵. Sua comprovação se dá, portanto, por meio de laudo médico.

Justifica-se, nesse modelo, a utilização de nomenclaturas como “portador de deficiência” ou “deficiente”, pois, de fato, nessa perspectiva, a deficiência,

3 “III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; [...]” (Brasil, 1999).

4 Aplica-se hoje a CID-11 que em inglês é a *International Statistical Classification of Diseases 11th Revision* – ICD-11 (World Health Organization, 2022).

5 A versão atual da CIF é de 2001 (World Health Organization, 2001).

repto, está na pessoa. Sendo assim, o objetivo é afastar a deficiência com o tratamento e a cura via medicina. Na realidade, contudo, o que se vivencia em relação à pessoa com deficiência, na perspectiva do modelo médico, é sua segregação e exclusão de direitos.

Essa é a máxima do modelo manicomial de tratamento das pessoas com deficiência⁶. O século XIX é o século dos manicômios. Segundo Isaias Pessotti (1996, p.9): “Em nenhum outro século o número de hospitais destinados aos alienados foi tão grande; em nenhum outro século o número de internações atingiu proporções tão grandes das populações.” No Brasil, o primeiro hospício foi criado em 1841, por meio do Decreto n. 82 do Imperador Dom Pedro, que determinou a criação do Hospício Dom Pedro II, que seria anexo à Santa Casa de Misericórdia (Souza, 2016, p. 130). Em Minas Gerais, o Hospício de Barbacena, responsável pelo Holocausto brasileiro retratado por Daniela Arbex (2013), foi fundado no século XX, em 1903 (Souza, 2016, p.132). A segregação aplicava-se em especial para as pessoas com deficiência mental. Mas, também, a todas as pessoas que eram consideradas “indesejáveis” como as pessoas com deficiência física, as pessoas homossexuais, as mulheres mães solteiras etc.

Esse é o modelo reconhecido pelo Decreto n.º 3.298/1999, que regulamenta a Lei n.º 7.853/1989, que trata do apoio e integração social das “pessoas portadoras de deficiência”. Então, segundo essas normativas, para que uma pessoa seja reconhecida como “portadora de deficiência” e, assim, tenha acesso a seus direitos, ela precisa se enquadrar no conceito trazido. O não enquadramento, representa o alijamento do direito.

A ideia é que existem pessoas normais e pessoas anormais, essas, em razão das disfuncionalidades do corpo são deficientes. A sua verificação é limitadora, classificatória e hegemônica. O modelo médico não é capaz de reconhecer a diversidade das pessoas. Por isso, entendo que:

[...] não cabe ao Direito, por meio de uma legislação, engessar um conceito que não lhe pertence e que não lhe cabe, sob o ponto de vista técnico, definir [...]. Assim, é, de fato, recomendável que a legislação não traga o conceito exaustivo, relegando as ciências afins a definição, no caso a definição de deficiência e suas consequências junto ao exercício de direitos [...]. (Souza, 2016, p.266).

⁶ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do livro de minha autoria “Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental” (Souza, 2016).

O maior expoente da luta antimanicomial é o italiano Franco Besaglia (Souza, 2016, p. 126) que pregava o fechamento dos manicômios e o tratamento das pessoas dentro do meio social, de modo a evitar a segregação e o isolamento. A luta antimanicomial é expressa no Brasil com a edição da Lei n.º 10.216/2001, que redireciona o modelo assistencial em saúde mental, reconhecendo que: “Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.” (Brasil, 2001).

De acordo com a Carta de Nova Iorque e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a deficiência não é atrelada necessariamente à doença. Nesse sentido é a conclusão do relator do projeto de lei que deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Não há uma deficiência intrínseca. A deficiência decorre de uma característica atípica da pessoa em interação com barreiras de diversas categorias existentes na sociedade. Por isso, o conceito de deficiência está em permanente evolução, uma vez que cada vez mais se estudam e se descobrem condições raras de indivíduos que os impedem de exercer plenamente suas potencialidades, dada a existência dessas barreiras mencionadas (Faria, 2015, p.5).

Logo, a verificação da deficiência não se dá por médico isoladamente ou por equipe médica, mas sim por equipe multidisciplinar. Nesse sentido, é a posição de Nelson Rosendal (2015) sobre o conceito de deficiência na Carta de Nova Iorque:

A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que remova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo social de direitos humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. A igualdade no exercício da capacidade

jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade.

A fundamentação em Direitos Humanos, consagra a inovadora visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência na Carta de Nova Iorque. Nesse modelo, a deficiência não pode se justificar unicamente pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. A ideia fulcral parece ser a de substituir o chamado “modelo médico” – que busca desenfreadamente reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo “social humanitário” – que tem por missão reabilitar a sociedade para eliminar os entraves e os muros de exclusão, garantindo ao deficiente uma vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade (Ribeiro, 2015).

Esse modelo é o biopsicossocial de avaliação multidisciplinar. Acerca da equipe multidisciplinar de avaliação da deficiência, invoca-se novamente o relator do Projeto de Lei que deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trouxe em seu relatório considerações acerca do conceito do artigo 2º e de sua avaliação, ou seja, sua concretização, por meio de uma equipe multidisciplinar. Em suas palavras:

Nessa definição, deparamo-nos com uma primeira e relevante distinção entre as proposições: enquanto o PLS estatuiu detalhadamente o que era deficiência, especificando cada uma de suas tipologias e parâmetros, o SCD preferiu encampar a diretriz da Convenção e remeter a identificação da deficiência para uma avaliação biopsicossocial a cargo de equipe multidisciplinar. [...] Não podemos, portanto, correr o risco de, ao adotarmos uma solução pela descrição exaustiva dos tipos de deficiência, cancelar o engessamento de situações abrigadas sob o guarda-chuva da segurança jurídica em detrimento de novas situações de impedimentos de natureza física, mental, sensorial, intelectual obstrutivos da plena participação na sociedade, não acobertados pelos rígidos padrões tipificados pela legislação (Faria, 2015, p.5).

Logo, exigir laudo médico, CID e avaliação por equipe médica para garantir o Direito da Pessoa com Deficiência é violar frontalmente seu direito fundamental e objetivo de inclusão plena, ferindo seus Direitos Humanos; eis que a reduz a um diagnóstico. A deficiência é conceito mais amplo, social.

2 A Insuficiência do Modelo Médico, Limitador e Hegemônico: Recurso em Mandado de Segurança n.º 26071/Df e Súmula n.º 377 do STJ

Em 2007, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, o STF teve a oportunidade de reconhecer a insuficiência da classificação limitadora e hegemônica de deficiência trazida pelo Decreto n.º 3.298/1999, ao julgar Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26071/DF.

No caso concreto, uma pessoa, candidato a concurso público, com diagnóstico de visão monocular ou visão univalente, uma vez que cega do olho esquerdo, mas com acuidade visual perfeita do olho direito, não conseguiu concorrer na condição de pessoa com deficiência no certame, eis que não se enquadrava no conceito de deficiência visual do inciso III do artigo 4º do Decreto em comento.

De fato, a norma estipula que somente pode ser considerada como pessoa com deficiência visual, classificando em cegueira ou baixa visão, aquela que tem menos que certo percentual de visão no melhor olho. Como o candidato tinha, em um dos olhos, visão máxima, segundo entendimento que estava sendo combatido no recurso, a norma não poderia incidir e, então, ele teria que concorrer com os demais candidatos sem deficiência, em uma hegemônica igualdade.

No relatório, o Ministro Carlos Ayres Britto explica que o entendimento do candidato recorrente era no sentido de que se ele enxerga de um olho apenas, a norma do “melhor olho” é logicamente inaplicável. E mais, que a pessoa que “possui visão monocular padece de maior deficiência do que aquele que sofre limitação em ambos os olhos. Em suma, a falta de visão de um olho é mais comprometedora do que a perda parcial de visão nos dois órgãos.” (Brasil, 2007, p.4). Ressalto que, ainda segundo o relatório, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso, ou seja, compreendendo que o candidato não tinha o direito de ser reconhecido como pessoa com deficiência.

Ao julgar o mérito, o Ministro Carlos Ayres Britto explica que o laudo médico juntado ao processo, o mesmo que foi usado no concurso, atesta que o candidato tem visão monocular, que “tecnicamente é chamada de ambliopia” (Brasil, 2007, p.6), razão pela qual não é possível apurar que ele tenha um olho melhor do que outro. Logo, minha interpretação, é a de que o Ministro

reconheceu a insuficiência da norma do Decreto ao conceituar deficiência visual. E, ainda, completa: “Ora bem, quem tem um olho só, obviamente sofre de grave insuficiência visual. Uma insuficiência igual, na melhor das hipóteses, a 50% (cinquenta por cento) do campo visual de uma pessoa que enxerga pelas duas *janelas da alma* (como disse, alhures, dos olhos humanos)” (Brasil, 2007, p.2/3). Diante disso, baseando-se na igualdade constitucional e no fundamento social do trabalho, o Ministro deu provimento ao recurso e reconheceu que a condição de pessoa com deficiência visual do candidato teria embasamento na seguinte parte do inciso III do artigo 4º do Decreto n.º 3.298/1999: “os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º[...]” (Brasil, 1999).

Em voto vista, a Ministra Cármen Lúcia é categórica ao afirmar que: “considerando-se apenas os decretos e o laudo apresentado pelo Recorrente, não seria possível enquadrá-lo como deficiente físico para fins de concurso público.” (Brasil, 2007, p.2). Contudo, a Ministra entende que o Poder Judiciário tem a competência de interpretar as normas para dar efetividade ao princípio da isonomia. Afinal, a deficiência é fator de discriminação e inacessibilidade ou, nas suas palavras: “no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público.” (Brasil, 2007, p. 2).

No caso das pessoas com visão monocular, há alterações nas noções de profundidade e distância. A Ministra Cármen Lúcia ressalta o poder de adaptabilidade das pessoas com visão monocular, tanto que elas podem, por exemplo, tirar carteira de motorista na categoria B. Contudo, tal fato, na minha interpretação do que é por ela dito, não exclui as barreiras sociais de plena inclusão da pessoa com deficiência. Por isso, a Ministra acompanhou o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, para dar provimento ao recurso e permitir que o candidato concorra nas vagas reservadas às pessoas com deficiência.

De tudo o que foi explicado acerca do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26071/DF pelo STF, entendo que, claramente, o Ministro e a Ministra reconhecem a insuficiência do conceito médico, fechado e hegemônico do Decreto n.º 3.298/1999 para permitir a efetivação do princípio da igualdade, permitindo que as pessoas com deficiência

exercçam seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas sem deficiência.

Em 2009, com fundamento em vários precedentes⁷, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula n.º 377 com o seguinte teor: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.” (Brasil, 2009, p.3). Acompanha o documento de apresentação da súmula o inteiro teor dos julgamentos precedentes. Destaco o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 19.291-PA (2004/0170853-2), relatado pelo Ministro Felix Fischer. Segundo a decisão, a norma do Decreto n.º 3.298/1999 é dirigida a pessoas com visão binocular, tanto que trata de visão no “melhor olho”. A visão monocular não é prevista expressamente na norma. Então, é preciso buscar a finalidade da norma. E o Ministro então cita posição do Desembargador Federal João Batista Moreira do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança n. 1998.01.00.061913-2-DF, publicada no diário de justiça no dia 16 de novembro de 2001:

O objetivo do benefício da reserva de vaga é compensar as barreiras que tem o deficiente para disputar as oportunidades no mercado de trabalho. Não há dúvida de que uma pessoa que enxergue apenas de um olho tem dificuldades para estudar, barreiras psicológicas e restrições para o desempenho da maior parte das atividades laborais. (Brasil, 2009, p.30).

Aproveito então para reafirmar o entendimento de que não é possível garantir igualdade de oportunidades de direitos e de seu exercício em um modelo fechado de deficiência, como é o modelo médico e sua regulamentação no Decreto n.º 3.298/1999. O que observo é que a construção dos direitos, incluindo os Direitos Humanos e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, os impedimentos, as funcionalidades e a percepção de igualdade, é fundamentada nas colonialidades. De fato:

[e]ssa hegemonia, mascarada por uma suposta universalidade, é reflexo dos projetos de colonização aos quais o mundo encontra-se vinculados

⁷ “AgRg no RMS 20.190-DF (6ª T, 12.06.2008 – DJe 15.09.2008), AgRg no RMS 26.105-PE (5ª T, 30.05.2008 – DJe 30.06.2008), MS 13.311-DF (3ª S, 10.09.2008 – DJe 1º.10.2008), RMS 19.257-DF (5ª T, 10.10.2006 – DJ 30.10.2006), RMS 19.291-PA (5ª T, 15.02.2007 – DJ 26.03.2007), RMS 22.489-DF (5ª T, 28.11.2006 – DJ 18.12.2006). (Brasil, 2009).

desde os idos de 1942 e das invasões nas Américas. Por mais que, como exemplo do Brasil, a independência como colônia tenha acontecido há quase duzentos anos, ainda podem ser observados os efeitos das colonialidades do poder, do saber, do ser, do gênero, da natureza, de forma que o pensamento eurocêntrico ainda é colocado como a única visão possível [...]. (Souza, Lisbôa, 2020, p.248).

São várias as colonialidades, explico aqui a do poder, do saber e do ser. A colonialidade do poder, verificada como única racionalidade possível na perspectiva capitalista, classifica as pessoas em binaridades raciais/étnicas (Quijano, 2009, p.73): “inferiores/superiores, irracionais/racionais, primitivos/civilizados e tradicionais/modernos” (Lisbôa; Souza, 2019). O superior é o colonizador europeu, que impõe sua perspectiva cultural, na medida em que desconsidera a capacidade do colonizado em produzir sua própria percepção histórico-cultural (Quijano, 2005, p.2). Já a colonialidade do saber representa a imposição de saberes universais como únicos saberes adequados e que devem ser levados em conta, contudo, são, na verdade, reflexos da experiência particular do colonizador europeu. A colonialidade do ser subalterniza pessoas, em especial pessoas pretas e indígenas, justificando em razões biológicas e ontológicas, naturalizando a situação de escravidão delas, por exemplo (Maldonado-Torres, 2007, p.137).

Assim, o direito deve quebrar as amarras da hegemonia colonial para permitir a plena inclusão das pessoas com deficiência em reconhecimento à sua diversidade.

Defendo mais: considerando o exposto sobre o conceito de deficiência a partir de 2016 e à luz do tratado internacional de Direitos Humanos das pessoas com deficiência – Carta de Nova Iorque, o art. 4º do Decreto n.º 3.298/1999 não pode ser aplicado. Na hierarquia de normas do Direito Brasileiro, um decreto, ato do executivo, não pode ser contrário a uma lei e, muito menos, a uma norma constitucional, atos do poder legislativo. Se o é ou limita é ilegal e inconstitucional.

Quem vai definir se trata-se ou não de pessoa com deficiência, eis que os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, encontram barreiras sociais que impedem a pessoa de exercer seus direitos em igualdade com as demais, são os profissionais da equipe multidis-

ciplinar. Logo, repito, o Decreto n.º 3.298/1999 é inconstitucional (ainda que pela técnica jurídica da não recepção pela nova ordem constitucional diante da aprovação da Carta de Nova Iorque com status de norma constitucional), eis que viola, diante da restrição, o conceito de deficiência do artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por fim, defendo que dita inconstitucionalidade não necessita de reconhecimento via ações próprias de declaração da violação à Constituição, uma vez que, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988, os direitos e garantias fundamentais, como é o caso dos direitos das pessoas com deficiência, têm aplicação imediata.

Acredito que apenas um modelo aberto, como o modelo biopsicossocial de avaliação multidisciplinar é que será hábil à garantia da diversidade⁹. O desafio que se enfrenta é sua efetivação.

3 A Efetivação do Modelo Biopsicossocial

O modelo biopsicossocial de avaliação multidisciplinar é um modelo completo, não taxativo, não hegemônico e que permite uma constante evolução na conceituação da deficiência, na medida que tanto os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais quanto as barreiras sociais podem alterar ao longo do tempo, de acordo com o referencial de cada pessoa, numa percepção de multiculturalismo, no contexto regional etc. Denota-se, assim, de fato sua configuração diversa.

Logo, o conceito biopsicossocial de deficiência é um conceito aberto, que permite o reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência, de um lado com as múltiplas formas de existência humana, de outro lado amplia o olhar sobre as múltiplas barreiras sociais (Barros, 2022, p. 57), permitindo o caminho para a efetivação da participação das pessoas em igualdade de condições.

8 “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988).

9 “Nossa tese é de que o direito de igualdade, há muito, não pode ser mais compreendido apenas como direito à isonomia de tratamento (seja perante o Estado, seja entre os indivíduos/empresas em seu trato privado), nem apenas como igualdade “material” como oposição à diferença (o que chamaremos de equidade), mas que vai significar, por vezes, o reconhecimento da diversidade como elemento essencial àquele direito.” (Bahia, 2014, p. 75).

Quando necessária, a avaliação da deficiência se dará por equipe multidisciplinar, nos termos do §1º¹⁰ do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa equipe, composta não apenas por médicos e médicas, mas também por enfermeiros/as, psicólogos/as, assistentes sociais, terapeutas educacionais, educadores etc., analisará os impedimentos e as barreiras sociais, como um paralelo ao modelo de tratamento em saúde antimanicomial: “medicação pelos psiquiatras, inserção social pensada pelos psicólogos sociais, construção do caso clínico pela psicanálise, e outros profissionais como terapeutas ocupacionais, enfermeiros, etc.” (Souza, 2016, p. 144).

Os instrumentos de avaliação baseados na CID e na CIF não são, portanto, suficientes. Nos termos do disposto no §2º¹¹ do artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Poder Executivo deve criar os instrumentos de avaliação da deficiência. Já o art. 124¹² do Estatuto determina que o referido instrumento de avaliação deveria ter entrado em vigor em até 2 (dois) anos, contados da vigência do Estatuto, ou seja, até 03 de janeiro de 2018. E lá se vão mais de 5 (cinco) anos sem que tenhamos, no Brasil, um instrumento de avaliação biopsicossocial da deficiência. Por essa razão, o Decreto n.º 3.298/1999, em que pese inconstitucional e concretizador do superado modelo médico de deficiência, continua a ser aplicado.

A movimentação nacional para a criação de um instrumento de avaliação da pessoa com deficiência está se desenvolvendo a partir da funcionalidade. O que, de certo modo, ainda carrega o modelo médico como base. De fato, o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência – CONADE aprovou em 05 de março de 2020 o Índice de Funcionalidade Brasileiro Modificado (IFBrM). Em dezembro de 2021, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos do governo federal em exercício, divulgou um relatório final sobre a elaboração do modelo único de avaliação biopsicossocial para as pessoas com deficiência. Ademais, em 28 de março de 2022 foi realizada uma audiência pública pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação

10 “§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.” (Brasil, 2016).

11 “§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.” (Brasil, 2016).

12 “Art. 124. O § 1º do art. 2º desta Lei deverá entrar em vigor em até 2 (dois) anos, contados da entrada em vigor desta Lei.” (Brasil, 2016).

Participativa sobre o IFBrM (Souza; Barros, 2023, p. 236/237). Sobre a questão, assim explicou Eloá Barros (2022, p.60):

[...] considerando a ausência de participação das pessoas com deficiência na elaboração do documento, bem como o posicionamento das/os representantes dos movimentos das pessoas com deficiência e dos especialistas da área, depreende-se que a nova proposta de avaliação biopsicossocial divulgada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no final de 2021, não corresponde ao modelo social de abordagem da deficiência adotado pelo Estatuto, em consonância com a Convenção, significando temerário retrocesso à garantia dos direitos das pessoas com deficiência conquistados nas últimas décadas. Trata-se de uma pseudo-avaliação biopsicossocial.

O IFBrM, ainda que pareça buscar um avanço junto ao modelo biopsicossocial, ainda não o contempla, razão pela qual reflete inconstitucionalidade, uma vez que é direito fundamental da pessoa com deficiência uma avaliação dos impedimentos e das barreiras por equipe multidisciplinar em perspectiva biopsicossocial.

Qual seria, então, a solução para a questão? Como efetivar o modelo e, assim, o conceito biopsicossocial de deficiência?

Eu, pesquisadora em Direito, não tenho condições e nem pretensão de responder à questão. O/a profissional do Direito deve fazer parte da equipe multidisciplinar, mas a construção desse instrumento adequado de avaliação e, portanto, de conceituação da deficiência é coletivo, junto aos/as profissionais que atuam com a pessoa com deficiência: médicos/as, psicólogos/as, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais, educadores, advogados etc. E mais, não é possível a construção do instrumento sem a participação efetiva das pessoas com deficiência. O lema é: “nada de nós, sem nós”!

Em dezembro de 2021, tive a oportunidade de dialogar sobre a inconstitucionalidade do Decreto n.º 3.298/1999 e a construção do instrumento de avaliação biopsicossocial e multidisciplinar, junto ao evento “5 anos do EPD: mudanças, desafios e reflexões” promovido pelo Projeto de Extensão Direitos da Pessoa com Deficiência – DPD, vinculado ao Núcleo de Direitos Humanos – NDH – da Pró-Reitoria de Extensão e Cultura – PROEX – da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, sob minha coordenação e orientação; com

Thiago Helton¹³, pessoa com deficiência e advogado na área dos direitos das pessoas com deficiência.

Thiago Helton (Universidade Federal de Ouro Preto, 2021) explicou que quase se convenceu da inconstitucionalidade do Decreto n.º 3.298/1999. Entretanto, por força do disposto no art. 121 e Parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência, essa interpretação não seria possível. De fato, assim, prevê o art. 121 do EPD:

Art. 121. Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria.

Parágrafo único. Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência (Brasil, 2015).

Ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, baseado na Carta de Nova Iorque, não afasta normas anteriores. No caso de incompatibilidade entre o Estatuto e a norma, deve prevalecer a que for mais benéfica para a pessoa com deficiência. O Decreto teria o condão de trazer o núcleo do conceito de deficiência que, segundo Thiago Helton é o impedimento. O que seria inconstitucional é, por exemplo, o ato administrativo que exclui um/a candidato/a de um concurso público unicamente com base no Decreto, sem observar as questões biopsicossociais.

Afinal, a avaliação biopsicossocial é, nos termos do Estatuto, realizada quando for necessária. Ou seja, se a pessoa se enquadra no conceito hegemônico do Decreto, seus direitos estarão garantidos. Se ela não se enquadra é que o conceito precisará ser ampliado pela avaliação biopsicossocial e multidisciplinar.

¹³ Thiago Helton é advogado e professor, tetraplégico desde 2008; especialista em Direitos das Pessoas com Deficiência, Direito Constitucional e Advocacia Previdenciária; sócio-fundador do escritório Helton & Deus Advogados; colunista jurídico no Portal Aurum; Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da PcD da OAB/MG e Membro da Comissão Nacional dos Direitos da PcD no Conselho Federal da OAB. Tem o canal no Youtube Clube dos Direitos da PcD, disponível em: <https://www.youtube.com/@ClubedosDireitosdaPcD>. Perfil Instagram: <https://www.instagram.com/thiagoheltonoficial/>.

Mas, aqui continua residindo o problema: em sendo necessário, qual será o instrumento de avaliação, considerando que já teci as críticas ao modelo do IFBrM?

Considerações Finais

A diversidade humana é imensa e não cabe um modelo limitado e hegemônico. Há desafio concreto na garantia de direitos. Aqui, busquei trazer as reflexões sobre as dificuldades conceituais de reconhecer os impedimentos e barreiras sociais que concretizam a situação de deficiência para fins de reconhecimento de direitos.

De fato, o modelo médico, repito, limitado e hegemônico, não é capaz de abarcar toda a diversidade das situações de impedimento das pessoas e nem mesmo as inúmeras barreiras sociais. Por isso, o modelo ampliado de deficiência na concepção biopsicossocial e de avaliação multidisciplinar, parece ser uma saída para a busca do reconhecimento da dita diversidade.

Temos, afinal, um embate na busca pela garantia de reconhecimento e exercício de direitos das pessoas com deficiência: aplicar um Decreto baseado em um modelo médico limitador ou desamparar a pessoa com deficiência diante da falta de instrumento de avaliação adequado? Seria suficiente manter o Decreto e reconhecer os demais tipos de deficiência casuisticamente, em decisões judiciais, como a trabalhada neste texto?

Percebo, então, em conclusão, que a discussão nos leva a mais questionamentos. Esse é um mecanismo de luta, inclusão e garantia de direitos das pessoas com deficiência.

Continuo na esperança de que um instrumento de avaliação feito no Brasil e para as pessoas com deficiência do Brasil, reconheça sua diversidade, seus impedimentos e, em especial, as barreiras sociais, permitindo o exercício pleno de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

Referências

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013. 255p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1. ed. 2014.

BARROS, Eloá Leão Monteiro de. **Aplicabilidade da Tomada de Decisão Apoiada No Tribunal de Justiça de Minas Gerais**: uma nova epistemologia a partir da teoria decolonial e da teoria crítica da (re) invenção dos Direitos Humanos. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/15076/1/DISSENTA%20c3%87%20c3%83O_AplicabilidadeTomadaDecis%20a3o.pdf. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%203.298%2C%20DE%20prote%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20

apoio%20% C3%A0s,P%C3%BAblico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.216**, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos Humanos da Pessoa com Deficiência. **Resolução n.º 01, de 05 de março de 2020**. Dispõe sobre a aprovação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Modificado IFBrM como Instrumento de Avaliação da Deficiência. Brasília, DF: 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2021/01/07/resolucao-conade/@download/file>. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 26071/DF**. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 13 Nov. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90434/false>. Acesso em: 9 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 377**. Terceira seção. 22 Abr. 2009. Publicado em: 05 Maio 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula377.pdf. Acesso em: 9 fev. 2024.

FARIA, Romário. **Parecer n. 266, de 2015**. Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003 (Projeto de Lei n.º 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&ts=1653600970293&disposition=inline>. Acesso em: 9 fev. 2024.

LISBOA, Natália de Souza; SOUZA, Iara Antunes de. Autonomia Privada e Colonialidade de Gênero. In: XXVIII Congresso Nacional do Conpedi Belém ? PA, 2019, Belém - PA. **Gênero, sexualidades e direito** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA. Florianópolis - SC: Conpedi, 2019. v. 1. p. 7-22. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/qxo35b07/iUwptRd3eP509O5O.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2024.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. (Comp.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

PESSOTTI, Isaias. **O século dos manicômios**. São Paulo: Ed. 34, 1996. 304p.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur**, CLACSO: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador**. Publicado em: 26 Ago. 2015. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/artigo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-a-revisao-da-teoria-das-incapacidades-e-os-reflexos-juridicos-na-otica-do-notario-e-do-registrador-moacyr-petrocelli-de-avila-ribeiro/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

ROSENLVAD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24 Ago. 2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/#!/ConhecaoEstatutodaPessoaComDeficiencia/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>. Acesso em: 22 dez. 2015.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016. 464p.

SOUZA, Iara Antunes de; BARROS, Eloá Leão Monteiro de. Direitos Fundamentais da pessoa com deficiência e o instrumento de avaliação biopsicossocial: contornos sobre a responsabilidade civil de Estado. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Responsabilidade Civil e a luta pelos Direitos Fundamentais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 229-242.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natalia de Souza. Autonomia decolonial da pessoa com deficiência no Brasil. In: ROCHA, Paulo Henrique Borges; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; OLIVEIRA, Patrícia Miranda Pereira. **Decolonialidade a partir do Brasil**. Vol. III. Belo Horizonte: Editora Dialética; 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Pró-reitoria de Extensão e Cultura. Projeto Direitos da Pessoa com Deficiência. **5 anos do EPD: Aplicabilidade em geral dos Direitos das Pessoas com Deficiência pelo TJMG**. Tiago Helton. 02 Dez. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Xrkok5YUSPI>. Acesso em: 9 fev. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CIF** - Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. 2001. Disponível em: <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>. Acesso em: 9 fev. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **ICD-11** - International Statistical Classification of Diseases 11th Revision. 2022. Disponível em: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases#:~:text=ICD-11%20Adoption,The%20latest%20version%20of%20the%20ICD%2C%20ICD-11%2C%20was,1st%20January%202022.%20>. Acesso em: 9 fev. 2024.

OBJETIVOS NACIONAIS E AS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Leila Maria Bittencourt da Silva¹

Resumo

A Constituição Federal de 1988, apesar de modificada por várias emendas, manteve sua essência como base jurídica e ideológica do Estado brasileiro. Diferente de documentos pré-moldados, sua criação foi fruto de uma construção coletiva, com a participação popular e arquitetada pelos representantes eleitos. O texto constitucional trouxe profundas mudanças, sepultando a ideologia de segurança nacional e abraçando o poder civil como preponderante sobre as Forças Armadas. Os princípios fundamentais da Constituição (artigos 1º a 4º) são considerados imutáveis e representam a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, sustentado pela democracia, igualdade e liberdade. A função das Forças Armadas foi redefinida, limitando sua atuação na garantia da lei e da ordem, subjugada ao poder civil. Também é notável a relevância atribuída aos serviços de inteligência, com a tendência de serem dirigidos por civis, reforçando a supremacia do poder civil e da sociedade democrática.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988, Princípios Fundamentais, Forças Armadas, Segurança Nacional, Estado Democrático de Direito, Política de defesa, Justiça Social.

Abstract

The Federal Constitution of 1988, despite being modified by several amendments, maintained its essence as the legal and ideological basis of the Brazilian State. Unlike pre-formulated documents, its creation was the result of a collective construction, with popular participation and designed by elected representatives. The constitutional text brought profound changes, burying the ideology of national security and embracing civil power as preponderant over the Armed Forces. The fundamental principles of the Constitution (articles 1 to 4) are considered immutable and represent the backbone of the Democratic Rule of Law, supported by democracy, equality and freedom. The role of the Armed Forces was redefined, limiting its role to ensuring law and order, subjugated to civil power. The relevance attributed to intelligence services is also

¹ Consultora em Direito Constitucional e Direitos Humanos, Mestre em Direito do Estado pela UGF, 1ª Vice-Presidente da Comissão de Direito Constitucional do IAB.

notable, with the tendency to be directed by civilians, reinforcing the supremacy of civil power and democratic society.

Keywords: Federal Constitution of 1988, Fundamental Principles, Armed Forces, National Security, Democratic Rule of Law, Defense Policy, Social Justice.

A Constituição de 1988, apesar de recortada feito canteiro de obras com excesso de Emendas, não perdeu a essência: a base jurídica, ideológica do Estado.

Ela não é fruto de um pré-moldado, mas da arquitetura dos representantes eleitos somada às contribuições recebidas diretamente do povo, que por via digital enviou sugestões discutidas e assimiladas pela Comissão de Sistematização presidida com o equilíbrio do Senador Bernardo Cabral, relator da Constituinte 1987-1988.

A base ideológica está no título I, artigos 1º ao 4º, com os princípios fundamentais regentes da sociedade nas relações entre os cidadãos e o Estado (Brasil, 1988).

O constituinte mudou a face perversa do Estado brasileiro.

O texto básico, no Art. 3º (Brasil, 1988) explicitou quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nota-se que o Texto de 1988 dispensa a consulta aos Manuais da Escola Superior de Guerra (ESG) até então ditados pelo pensamento da tecnoburocracia civil e militar e explicitou os objetivos arquitetados pelo povo. Na esteira do canto de Milton Nascimento², que todo artista deve ir aonde o povo está, também todo legislador deve ir aonde o povo está.

Assim a Constituição de 1988 deixou de ser um pacto de elites nem sempre iluminadas e consagrou a grande transformação ideológica. É o povo que diz quais são os objetivos e ao jurista somente cabe dizer como alcançá-los.

² É um dos maiores músicos e compositores do Brasil, conhecido por sua voz inconfundível e seu papel de destaque na Música Popular Brasileira (MPB).

Enquanto as regras têm eficácia delimitada pelo enunciado e incidem sobre conceitos de fatos descritos nos antecedentes normativos, os princípios são relativamente indeterminados, não comportam subsunção.

Norma regra é imediatamente aplicável aos casos concretos, estatuída em termos gerais. O seu significado depende de uma concretização, verdadeira integração pelos operadores do direito, base do sistema jurídico, seus fundamentos últimos.

Normas-princípio são todas as normas fundamentais das quais derivam as normas e regulam imediatamente a relação específica da vida social. São os princípios políticos constitucionais nos artigos 1º a 4º da Constituição (1988), espinha dorsal do Estado e por isso a doutrina considera implicitamente imodificável porque a alteração incorreria na criação de um novo Estado, que é tarefa do constituinte originário.

Segundo José Afonso da Silva (1985), a igualdade e a liberdade, ínsitos no Estado democrático de direito, não seriam princípios, mas valores, embora a doutrina afirme que a democracia repousa em três princípios: o da maioria, o da igualdade e o da liberdade.

Urge compreender que o artigo 3º (Brasil, 1988) carrega um conteúdo material a sugerir no exame da constitucionalidade em face de políticas públicas, elaboração legislativa ou interpretação das leis, que conforme todos os dispositivos de Título 1 são mais que opção política, são parâmetro para interpretação e aplicação do direito, sendo os princípios fundamentais como um raio de sol que ilumina todo texto da Constituição acenando para a sua adequação ou não, ao sistema constitucional vigente, deitando os seus raios por entre os diversos dispositivos em todos os capítulos. Mas todos com base no princípio maior que é o da democracia, na expressão de Ayres Britto (Ministro aposentado [...], 2023, p. 1) é o princípio dos princípios no caput do artigo 1º da Constituição federal.

Daí o rompimento com a Doutrina de Segurança Nacional. A opção constitucional em vigor abraça o poder civil acima das Forças Armadas, em especial nos incisos I e II do artigo 3º da Constituição federal (1988), ao contrário do período anterior quando a Constituição de 1967 e Emenda de 1969 previam a Segurança Nacional, sem definir quais eram os objetivos nacionais e aplicada ao sabor dos ventos e das tempestades, sob a égide da Segurança-Desenvolvimento, binômio reciclado do lema positivista Ordem e Progresso.

A Segurança Nacional antecedia o Desenvolvimento, justificando torturas, prisões, perseguições, mortes e desaparecimentos diante do “*inimigo interno*”, que foi expressão cunhada por Carl Schmitt³, braço intelectual de Hitler.

A Constituição de 1988 sepultou a ideologia do “*inimigo interno*”, que inexistia nas democracias, e elevou o pluralismo político a fundamento do Estado. Isso significa aceitar todas as correntes de opinião e pensamento filosófico, além do preâmbulo que preconiza a sociedade pluralista. Explicitou-se, então, a Liberdade, a Justiça e a Solidariedade como pilares para se alcançar uma sociedade segura.

A Liberdade só existe com igualdade, pois, sem ela, torna-se privilégio. A Justiça, por sua vez, visa dar a cada um o que lhe é de direito, enquanto a Solidariedade, ínsita nos incisos II e IV do mesmo artigo, bem como em outras partes do texto (Brasil, 1988), pressupõe que cada indivíduo contribua para promover o bem-estar de todos.

O desenvolvimento pode ser alcançado sem a necessidade de recorrer aos Manuais da ESG, mas sim por meio das relações sociais, sem aniquilamentos ou perseguições, sempre à luz do Texto Constitucional.

A Constituição de 1969, no §1 do artigo 92, estabelecia como destinação das Forças Armadas a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem, com atuação por ato próprio, sem limitações. No entanto, a partir de 1988, as Forças Armadas, instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina e submetidas ao Presidente da República, passaram a ter como finalidade a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais. Sua atuação na defesa da lei e da ordem, entretanto, tornou-se função secundária, isto é, dependendo de iniciativa dos poderes constitucionais, não podendo agir por iniciativa própria, pois não constitui poder.

O artigo 142 da Constituição de 1988 é paradigmático ao afirmar a supremacia do poder civil sobre as Forças Armadas, que não possuem força independente e têm atuação limitada. Segundo Ayres Britto (Motta, 2022) elas não podem se rebelar contra a democracia e também não lhes cumpre

3 Jurista e filósofo político alemão, conhecido por sua influência no direito constitucional, na teoria política e, controversamente, por seu envolvimento com o regime nazista. Schmitt é considerado um dos pensadores mais importantes do século XX no campo da teoria política e jurídica, principalmente por seus escritos sobre soberania, poder e o Estado.

participar de eleições, pois não possuem atribuição política própria. Com sua notória sabedoria, em entrevista (Ex-presidente [...], 2022, p. 1), afirmou que “a democracia só é radical em uma coisa: não admite alternativa” e complementou: “As Forças Armadas são criaturas; A Constituição é criadora”.

Apesar das influências de Benjamin Constant, em sua obra *Couer de Politique Constitutionnelle* (1872, p. 177), na qual dividiu os poderes criando um quarto poder, que denominou Poder Real – que, no Brasil, correspondeu ao Poder Moderador –, essa ideia não prevaleceu. Não teve respaldo na teoria e doutrina estrangeira, apesar do apoio dos conservadores.

Apesar das origens de uma República proclamada sem participação popular, de forma impositiva, no dia 15 de novembro de 1889, em um golpe militar, segundo Raymundo Faoro (2001, p. 590), foi uma marcha armada de espírito e não de episódios. Esse evento reflete a tradição de intervenção das Forças Armadas na política nacional. Como destaca José Murilo de Carvalho (1987, p. 163), naquele episódio, o povo aprecia como espectador ou, no máximo como figurante.

As Forças Armadas possuem tarefas a executar, dentre elas produzir a Política de Defesa Nacional (PND), que é um documento aprovado pelo Presidente da República sob a forma de Decreto. Esse documento condiciona o Planejamento Estratégico Nacional (END) para a defesa dos interesses internos frente a ameaças externas. Ao passo que a Estratégia Nacional de Defesa, que define ações de estratégias a médio e longo prazo, é elaborada por um Comitê Ministerial formalizado por decreto aprovado pelo chefe do Poder Executivo, criado com finalidade especial, por cidadãos nacionais de elevado conhecimento sobre o tema e pelos comandantes militares.

O artigo 143 da Constituição (1988, p. 81) estabelece que crimes praticados por militares fora do exercício da função militar são considerados crimes comuns e julgados pelo Judiciário comum.

A Constituição de 1988, no artigo 91, incisos II, também atribui ao Conselho de Defesa Nacional, composto por ministros, incluindo militares, mas com maioria civil, a competência de propor critérios e condições para a utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas áreas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais. Esse Conselho também tem a

atribuição de estudar e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas voltadas para garantir a independência nacional e a defesa do Estado Democrático (Brasil, 1988, artigo 91, inciso IV).

No que se refere aos militares no serviço de Inteligência, a tendência no Estado democrático é que a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) e o SISBIN (Sistema Brasileiro de Inteligência) devam ser comandados majoritariamente por civis.

Certo é que o SISBIN tem como objetivo integrar as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do país, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República em assuntos de interesse nacional e assim abrange o conjunto de órgãos e entidades que desenvolvem, de forma integrada e cooperativa, ações de planejamento e execução das atividades de inteligência e contrainteligência. A SISBIN para nortear as suas ações tem como fundamentos: (I) preservação da soberania nacional; (II) defesa do Estado Democrático de Direito; e (III) dignidade da pessoa humana. Para essas funções há o órgão central, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), além dos seguintes órgãos: permanentes; dedicados; associados; e federados.

Os serviços de inteligência são órgãos do Poder Executivo que prestam apoio aos chefes de Estado e de governo, conforme a Constituição de cada país, além de outras autoridades da administração pública e do Parlamento. Sua função é desempenhar atividades de inteligência ofensiva e defensiva na área de informações, nas quais um ator tenta compelir o outro à sua vontade (Cepik, 2003). Essas organizações de inteligência formam com as Forças Armadas e as polícias, o núcleo coercitivo do Estado contemporâneo.

A observação entre a história e a conduta das Forças Armadas na sua relação com o povo oferece respostas aos questionamentos atuais na defesa da democracia no Brasil e a atribuição na Constituição federal em vigor para todos os atos dos militares.

Ademais acenamos para questões que envolvem o serviço de Inteligência, ABIN e SISBIN e a relação eficaz ou não com as Forças Armadas, comparando com a tendência contemporânea mundial onde os serviços de Inteligência são dirigidos por civis e não por militares. Estes estão destinados à nobre missão na defesa externa, no desenvolvimento do país, na defesa do território, na proteção do espaço aéreo e fronteiras – exigindo conhecimento

especializado, em especial nas fronteiras terrestres e águas internas e externas, na defesa de nossa soberania, com relevância na atualização e no fluxo de trabalho inerentes à Política Nacional de Defesa (PND) e à Estratégia Nacional de Defesa (END) no âmbito do Ministério da Defesa, sob comando de um ministro civil.

Assim urge o estudo cada vez maior nos quartéis, nas Escolas Militares e na Escola Superior de Guerra, inserindo as Forças Armadas na sua destinação constitucional e estimulando os militares a se concentrarem em suas funções típicas e atípicas, deixando a política para os representantes eleitos.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CEPIK, Marco. Sistemas nacionais de inteligência: origens, lógica de expansão e configuração atual. **SciELO Brasil**. Rio de Janeiro, ago 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/6CLtBMghPGZrhsFFH5LhHrQ/?lang=pt>. Acesso em: 5 ago. 2024.

CONSTANT, Benjamin. **Couer de Politique Constitutionnelle**. Paris: Slatkine, 1872. v. 1. 572 p.

DOCTRINA da Atividade de Inteligência. 1. Ed. Brasília: Abin, 2023. 177 p. Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/centrais-de-conteudo/doutrina/Doutrina-da-Atividade-de-Inteligencia-2023>. Acesso em: 5 ago. 2024.

EX-PRESIDENTE do STF, Ayres Britto diz que golpe militar é 'impensável' no Brasil. **TERRA**, 02 set. 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/forcas-armadas-nao-podem-se-rebelar-contra-a-democracia-diz-ayres-britto,c3d78e273b603ea826f8dc576eabfb77ek5xo02t.html>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder.** 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. 913 p.

MINISTRO aposentado do STF Carlos Ayres Britto fala sobre atos antidemocráticos em evento da Esmaf e Universidade do Chile. **TRF1**, Brasília, DF. 03 maio 2023. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/?id=810#:~:text=Com%20essa%20defini%C3%A7%C3%A3o%2C%20Carlos%20Ayres%20Britto%20ressaltou,a%20import%C3%A2ncia%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988>. Acesso em: 5 ago. 2024.

MOTTA, Rayssa. Forças Armadas não podem se 'rebelar' contra a democracia, diz Ayres Britto. **Estadão Conteúdo**, São Paulo, 02 set. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/09/02/forcas-armadas-nao-podem-se-rebelar-contra-a-democracia-diz-ayres-britto.htm>. Acesso em: 5 ago. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 650 p.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A MULHER

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto¹

Bryan Phillip de Jongh Martins²

Resumo

A Constituição Federal de 1988, outorgada há pouco mais de trinta anos, consagrou os direitos fundamentais de todos, dentre eles, a proteção da mulher. Avanços legislativos têm caminhado em conformidade com a intenção do texto constitucional. Todavia, quando se entende que direitos constitucionais são violados, temos o acionamento da Suprema Corte brasileira para deliberar sobre o tema. Nos últimos anos, jurisprudência protetiva da dignidade feminina foi formada por aquela Casa de Justiça, contudo, a interpretação constitucional ainda precisa ser aplicada às legislações infraconstitucionais e, cada vez mais, o Supremo Tribunal Federal tem sido demandado a cumprir o seu dever de guardião da Constituição. Nesse âmbito, o presente estudo abordará algumas demandas que renitentemente bateram às portas da Corte Suprema que fazem parte do processo de consolidação dos direitos da mulher no Brasil.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Mulher; Supremo Tribunal Federal.

Sumário

INTRODUÇÃO. 1. ADPF 442 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO. 2. ADI 5.581 INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ DE MULHERES INFECTADAS COM ZIKA VÍRUS. 3. ADI 5.097 E ADI 5.911 EXIGÊNCIAS PARA REALIZAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA. 4.

1 Doutoranda em Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutoranda e Mestre em Direito, na especialidade Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal) UAL, com título de mestre validado no Brasil pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Bacharel em Direito pelo UniCEUB, professora da pós-graduação lato sensu do UniCEUB, Coordenadora do grupo de pesquisa “Inclusão Digital como Direito Fundamental e Redes Sociais como Instituto de Democracia Direta” e do grupo de pesquisa “Processo Constitucional Perante o STF” UniCEUB, professora orientadora do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais CBEC Universitário, vinculado ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), do UniCEUB, advogada sócia do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados Portugueses.

2 Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Diretor Executivo do Instituto Victor Nunes Leal (IVNL), pesquisador na área de Direito Constitucional e Digital, autor de livros e artigos jurídicos. Sócio Fundador do Escritório De Jongh Martins Advogados.

RE 842844 GESTANTE CONTRATADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR PRAZO DETERMINADO OU OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO DEMISSÍVEL *AD NOTUM*, AO GOZO DE LICENÇA-MATERNIDADE E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA. 5. ADI 6.148 ALTERAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA QUE PERMITE AO AGENTE POLICIAL APLICAR MEDIDAS COMPETENTES AO PODER JUDICIÁRIO. RE 639138 CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES PARA CÁLCULO DA APOSENTADORIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 tem princípios que efetivam e contemplam direitos da mulher, com dispositivos que garantem a igualdade gênero, a não discriminação e dignidade da pessoa humana, no sentido de dignificar a condição feminina. Citamos como exemplo avanços que o Texto Maior traz para o contexto jurídico, familiar, trabalhista, previdenciário e penitenciário.

Alguns desses avanços seguem de um prisma constitucional histórico, como bem pontua a Ministra do Superior Tribunal Militar, Elizabeth Rocha:

No Brasil, as primeiras Constituições de 1824 e de 1891 asseguraram formalmente o postulado da isonomia. Já a Carta de 1934 conferiu às mulheres o direito ao voto, bem como vedou expressamente privilégios e distinções por motivo de sexo, vedação que se estendia, inclusive, ao pagamento de salários diferenciados. Será ainda, sob o primeiro Governo Vargas que se assegurará assistência médica e sanitária à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, garantia que se repetiria nas Leis Maiores de 1937, 1946 e 1967, emendada em 69³

Com efeito, a legislação infraconstitucional também caminha no mesmo sentido, como o Código Civil de 2002, que não traz a redação anterior do código de 1916 que, em seu artigo 6º, II, tratava a mulher casada como pessoa relativamente incapaz, equiparada aos menores de idade, aos pródigos e aos silvícolas⁴.

3 ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Os direitos da mulher nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira**. Justiça & Cidadania, 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao-federal-brasileira/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

4 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

Naquele contexto, a mulher, ao se casar, além de se tornar automaticamente relativamente capaz, era obrigada a adotar o sobrenome do cônjuge. Ela tinha como função procriar, cuidar do lar e da prole, enquanto o marido era o provedor responsável pelo sustento da família. A fidelidade feminina era valorizada no sentido de garantir a filiação biológica de seus descendentes⁵

A legislação infraconstitucional posterior à Constituição Federal de 1988 também trouxe avanços para a proteção da integridade feminina, como a Lei nº 8.930/94, que incluiu em seu artigo 1º, V, o crime de estupro no rol dos crimes hediondos⁶; a Lei nº 9.318/96, que inseriu na alínea “h”, do inciso II do artigo 61 do Código Penal agravante do crime cometido contra a mulher grávida⁷; bem como a Lei Nacional nº 11.340/06⁸, conhecida como Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica e familiar contra mulheres, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e altera o Código Penal, de Processo Penal e a Lei de Execução Penal; e, por fim, mais recentemente, a Lei nº 13.104/15⁹, promulgada em 9 de março de 2015, que altera o Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Todos esses avanços legislativos ilustram a proteção aos direitos fundamentais femininos na história legislativa brasileira. O Supremo Tribunal Federal, guardião maior do texto constitucional também tem interpretado as leis ordinárias no sentido de garantir essa proteção.

A jurisprudência recente da Suprema Corte demonstra que, cada vez mais, essa proteção jurídica e efetivação de direitos da mulher, como no caso do Recurso:

5 DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. **Revista dos Tribunais**, São Paulo 6ª ed. 2014. p.105-110.

6 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 8.930**, de 6 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8930.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

7 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 9.318**, de 5 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9318.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

8 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

9 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 13.104** de 9 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

Extraordinário nº 1.058.333/PR¹⁰, cuja unanimidade dos Ministros do STF fixou a tese de que “é constitucional a remarcação de teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”. Outro caso famoso é a Ação Declaratória nº 19¹¹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que declarou, em fevereiro de 2012, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006¹², Lei Maria da Penha citada anteriormente. Mais um exemplo é a famigerada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54¹³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu ser “inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 12 e 128, incisos I e II do Código Penal”.

A pesquisa que se pretende apresentar, sob a forma de artigo, tem por objeto as ações de aferição de controle de constitucionalidade recentemente julgadas ou acionadas até fevereiro de 2023, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que trarão efeitos diretos à vida das mulheres brasileiras a partir de cada precedente que será julgado pelo eminente tribunal constitucional, guardião maior da Magna Carta Brasileira, conforme se depreende do art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁴. O artigo é, portanto, de análise empírica e jurisprudencial.

1 ADPF 442 Descriminalização do Aborto

O primeiro caso que trazemos trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, (ADPF 442/DF), de relatoria da Ministra Rosa Weber.

10 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 1058333**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>. Acesso em: 30 jan. 2023.

11 Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade: **ADC 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584650>. Acesso em: 30 jan. 2023.

12 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

13 Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 54** Relator: Ministro Marco Aurélio. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 30 jan. 2023.

14 Art. 102, *caput*, da Constituição Federal.

A ADPF 422/DF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com assessoria do Instituto Anís de Bioética, liderado pela ativista Débora Diniz. A ação requer a exclusão dos artigos 124 e 126 da Lei nº 2.848/1940¹⁵, Código Penal Brasileiro, que consideram crime a interrupção da gravidez voluntariamente por parte da gestante ou quem a auxiliar para realização do procedimento de aborto¹⁶.

A Ação tem como partes a requerente, PSOL, os *amicus curiae*, o PSC, a União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) e o Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF). Todavia, diversos outros pedidos de *amicus curiae* ainda seguem pendentes de apreciação pela Ministra Rosa Weber.

Em março de 2018, a relatora do caso convocou audiência pública por considerar que a temática é “sensível e delicada”, haja vista que trata de razões de ordem moral, ética, religiosa e de saúde pública, que envolvem a tutela de direitos fundamentais individuais.

Na ocasião, foram recebidos mais de 180 pedidos de habilitação de expositores para falar na audiência pública, dentre esses pedidos, destacam-se organizações não governamentais, pessoas físicas com potencial de autoridade e representatividade, bem como entes da sociedade civil e institutos específicos. Lideram a lista de solicitações para habilitação entidades da área da saúde, organizações civis, institutos de pesquisa e instituições de natureza jurídica e religiosa¹⁷.

Nesse contexto, nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública para tratar da possibilidade de aborto voluntário até a 12ª semana de gestação. Compareceram mais de quarenta representantes dos setores acima citados, todos foram previamente selecionados para enriquecerem a discussão a respeito do tema.

15 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.. Acesso em: 30 jan. 2023.

16 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 442**. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 30 jan. 2023.

17 Supremo Tribunal Federal. **STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>. Acesso em: 30 jan. 2023.

É importante pontuar que a criminalização do aborto acarreta em consequências drásticas para as mulheres brasileiras, que acabam recorrendo a procedimentos inseguros,

que podem acabar acarretando em óbitos e finais trágicos, como bem pontua a advogada do caso, Luciana Boiteux. Ademais, a legislação afeta de forma mais severa aquelas mulheres de poder aquisitivo baixo, especialmente as mulheres negras. Essas últimas, quando recorrem ao procedimento de aborto, se submetem, na maioria dos casos, à procedimentos clandestinos e, conseqüentemente se expõem a condições de atendimentos inadequados, realizados por profissionais não capacitados.

A ação destaca que os artigos impugnados ferem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana¹⁸, inviolabilidade da vida da mulher¹⁹, igualdade²⁰, liberdade²¹, cidadania²², direito à não discriminação²³, bem como a proibição de tortura ou tratamento desumano e degradante²⁴, além do direito à saúde²⁵, planejamento familiar²⁶ e os direitos sexuais e reprodutivos²⁷.

2 ADI 5.581 – Interrupção de Gravidez de Mulheres Infectadas com Zika Vírus

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.581/DF), interposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, trata da possibilidade de aborto para mulheres infectadas pelo

18 Art. 1º, III, da Constituição Federal.

19 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

20 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

21 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

22 Art. 1º, II, da Constituição Federal.

23 Art. 3º, IV, da Constituição Federal.

24 Art. 5º, III, da Constituição Federal.

25 Art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

26 Art. 226, §7º, da Constituição Federal.

27 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 442**. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 30 jan. 2023.

vírus Zika e interpela a respeito das políticas públicas do Governo Federal na assistência a crianças com microcefalia provocada pelo vírus²⁸

No início do mês de setembro de 2016, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer subscrito pelo então procurador-geral, Rodrigo Janot, em sentido de favorável autorização do aborto para gestantes contaminadas com o Zika vírus, haja vista que a doença pode causar microcefalia no nascituro. Destaca-se o trecho abaixo do parecer:

Tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zika. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zika representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis²⁹.

Ao ser questionada sobre a semelhança entre as ações que tratam da microcefalia e anencefalia julgadas anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54/DF³⁰, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que a discussão é outra: “Acho que é mais delicado até por causa do momento que estamos vivendo, em que aconteceu isso e que a sociedade quer participar”³¹.

Ao final de fevereiro de 2019, se reinstalou a Frente Parlamentar de Doenças Raras. Duzentos e dezesseis deputados que integram a frente objetivam convencer o STF a não excepcionar a Lei Penal que trata do aborto, para

28 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 5581**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 30 jan. 2023.

29 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 5581**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 30 jan. 2023.

30 Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: **ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 30 jan. 2023.

31 IBDFAM. **STF pode julgar aborto para grávidas com zika este ano, diz Cármen Lúcia**. Direito de Família na Mídia, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16384/STF+pode+julgar+aborto+para+gr%C3%A1vidas+com+zika+este+ano%2C+diz+C%C3%A1rmen+L%C3%BAcia>. Acesso em: 30 jan. 2023.

permitir a interrupção da gestação em casos que a gestante esteja infectada pelo vírus da zika³².

Oposicionistas ao pedido da Ação Direta afirmam que, além da inviolabilidade do direito à vida, previsto no caput do artigo 5º, da Constituição Federal de 88³³, a autorização do aborto nesses casos, poderia, ocasionalmente, afetar fetos que não tenham danos neurológicos reais. Críticos também lembram que a eventual decisão da Suprema Corte nesse sentido, poderia abrir caminhos para o aborto eugênico no Brasil³⁴.

Nesse contexto, Ângela Gandra Martins, Secretária Nacional da Família, afirmou estar fazendo um trabalho perante o Supremo Tribunal Federal e ao parlamento brasileiro no sentido de apoiar projetos que acolham toda e qualquer “vida” desde a concepção, em suas palavras: “A ação da zika traz à tona uma Caixa de Pandora para várias outras situações, de ser perpetrado o aborto eugênico”³⁵.

Em contrapartida, a médica holandesa e fundadora da Organização Não Governamental *Women on Waves* e *Woman on Webs*, Rebecca Gomperts, apresentou junto à Suprema Corte brasileira, sua vasta experiência a respeito do tema e solicitou que o STF declarasse inconstitucional os dispositivos da lei penal que criminalizam o aborto no Brasil³⁶.

32 BARBOSA, Renan. **Deputados querem convencer STF a não liberar aborto em caso de zika**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/deputados-querem-convencer-stf-a-nao-liberar-aborto-em-caso-de-zika-078uao-gp2m5hvm4lrrzz3k419/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

33 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

34 BARBOSA, Renan. **Deputados querem convencer STF a não liberar aborto em caso de zika**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/deputados-querem-convencer-stf-a-nao-liberar-aborto-em-caso-de-zika-078uao-gp2m5hvm4lrrzz3k419/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

35 BARBOSA, Renan. **Deputados querem convencer STF a não liberar aborto em caso de zika**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/deputados-querem-convencer-stf-a-nao-liberar-aborto-em-caso-de-zika-078uao-gp2m5hvm4lrrzz3k419/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

36 Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Segundo matéria veiculada no Portal do Supremo Tribunal Federal³⁷, a ONG acima citada atende mulheres à distância enviando a mulheres de todo mundo pílulas abortivas, cuja base é a substância conhecida como Mizoprostol. O envio é realizado pelos correios e chegam a mulheres que gostariam de realizar o procedimento em suas residências. A médica informa que a pílula possui o mesmo efeito do aborto espontâneo. Todavia, o Brasil proibiu a comercialização do medicamento e o remédio, que antes custava entre cinco e quinze dólares, passou a ser comercializado de forma clandestina e seu preço varia entre oitocentos reais e três mil reais.

Contudo, importante esclarecer que a *Women on Waves* e *Woman on Webs* não mais envia o medicamento ao Brasil desde 2013, haja vista as apreensões realizadas pela Agência Nacional de Saúde (ANVISA) e da classificação do composto de Mizoprostol incluído na lista de tráfico de drogas e responsabilização criminal por parte das compradoras do medicamento³⁸.

Com efeito, a especialista informa que, em função do elevado valor do remédio no Brasil e da restrição do recebimento do medicamento enviado pela Organização Não Governamental, elevado número de mulheres acabam se submetendo a métodos de interrupção de gravidez que colocam em risco a sua saúde, como a introdução de métodos perfurantes em seu ventre. A médica também alerta para os efeitos negativos da compra de medicamentos falsos no Brasil, que têm como consequência implicações na gestação e abortos incompletos³⁹.

A médica holandesa relata que a sua ONG “já recebeu mais de 1,2 milhão de visitas oriundas do Brasil, tendo recebido nos últimos sete anos mais de 55 mil pedidos de ajuda de mulheres brasileiras. Estudo feito pelo site mostra

37 Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

38 Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

39 Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

um crescimento dramático de acessos em 2016, dentre eles, há maior destaque para os países latino-americanos, isso em decorrência de problemas relacionados ao vírus Zika⁴⁰.

No mais, especialista ressalta que recebeu relatos de brasileiras que não conseguem ter acesso ao aborto, mesmo nos casos permitidos pela lei, como gravidez causada em função de estupro e risco para a saúde da mãe, além do fato que é alto o número de gestantes que optam pelo suicídio como forma de encerrar com o sofrimento causado por uma gravidez indesejada.

Em março de 2019, a Proposta de Emenda à Constituição 29/2015, conhecida como PEC Antiaborto, foi desarquivada por opositores para evitar a decisão em julgamento no sentido de permitir a interrupção de gravidez em caso de zika vírus em gestantes. O ato se deu em decorrência do caso ter sido pautado pelo Presidente do STF para 22 de maio de 2019⁴¹.

Em abril de 2021, o Plenário Virtual do STF rejeitou por unanimidade os pedidos da ação direta, julgando improcedente a ação quanto possibilidade de interrupção de gravidez resultante de contaminação por zika vírus.

3 ADI 5.097 e ADI 5.911 Exigências para realização de Esterilização Voluntária

Inicialmente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.097/DF⁴² e 5.911/DF⁴³, ambas de relatoria do Ministro Nunes Marques, impugnavam dispositivos da Lei Nacional n. 9.263/1996, conhecida como Lei do Planejamento Familiar. Todavia, a Lei foi alterada em setembro de 2022 e passou a ter nova redação

40 Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

41 MARIN, Tatiana. **Com ressalvas, Simone Tebet apoia desarquivamento da PEC Antiaborto**. Campo Grande News, 2019. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/com-ressalvas-simone-tebet-apoia-desarquivamento-da-pec-antiaborto>. Acesso em: 30 jan. 2023.

42 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5097. Relator: Ministro Nunes Marques. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 30 jan. 2023.

43 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5911. Relator: Ministro Nunes Marques. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 30 jan. 2023.

a partir de 2023. A alteração legislativa passou a ser objeto da ADI 5.911 e a ADI 5.097 foi prejudicada⁴⁴.

A forma originária da Lei do Planejamento Familiar exige idade superior a 25 anos ou dois filhos vivos e autorização expressa ambos os cônjuges para realização da esterilização voluntária, como o procedimento da laqueadura e da vasectomia.

A ADI 5.097/DF, foi interposta em 2014 pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) e a ADI 5.911 foi interposta em 2018 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). O partido argumenta que “essas exigências afrontam direitos fundamentais, contrariam tratados internacionais firmados pelo Brasil, além de divergir dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros”.

O autor da ação argumenta, ainda, que há plausibilidade do pedido em função das flagrantes violações aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana⁴⁵, da liberdade de escolha⁴⁶, igualdade⁴⁷, autonomia privada e planejamento familiar⁴⁸, bem como aos direitos sexuais e reprodutivos.

A ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo partido, traz pesquisa realizada em seis capitais brasileiras, dentre elas, Cuiabá, Belo Horizonte, Recife, Curitiba e São Paulo, onde se verificou que, entre homens e mulheres que procuraram o método de esterilização voluntária junto Sistema Único de Saúde (SUS), somente 25% das mulheres e 31% dos homens que solicitaram o procedimento conseguiram de fato realizar o procedimento. A ação informa, ainda, que 8% das mulheres que solicitaram a cirurgia acabaram engravidando enquanto aguardavam o deferimento do pedido de esterilização⁴⁹.

O autor da ADI 5.911 destaca que apesar da norma datar de 1996, o lapso temporal entre a promulgação da lei e a interposição da ação direta não obstam o perigo da demora de apreciação e declaração da inconstitucionalidade

44 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

45 Art. 1º, III, da Constituição Federal.

46 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

47 Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

48 Art. 226, §7º, da Constituição Federal.

49 Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/567070113/stf-recebe-nova-acao-contra-dispositivo-da-lei-do-planejamento-familiar>. Acesso em: 30 jan. 2023.

dos dispositivos questionados, haja vista que os motivos expostos na ação declaratória são renovados diariamente⁵⁰.

Em setembro de 2022 o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei nº 14.443/22⁵¹, que permitiu o procedimento da laqueadura sem a permissão do cônjuge. A nova legislação também reduziu a idade mínima de 25 anos para 21 anos de idade para realização do procedimento⁵². A alteração legislativa entrou em vigor em janeiro de 2023.

Nesse contexto, a ADI 5.097 perdeu o objeto e foi aberto prazo para os autores da ADI 5.911 aditarem a inicial. O que foi feito.

A parte autora alega que as inconstitucionalidades e violações à dignidade feminina e os direitos constitucionais da mulher se mantêm. Principalmente quanto a questão da idade mínima de 21 anos de idade⁵³.

No aditamento, a parte autora alega que redução de 25 para 21 anos “permanece com caráter restritivo e arbitrário, reforçando a indevida interferência estatal no planejamento familiar e no próprio direito reprodutivo”⁵⁴.

Isso porque “a maioridade civil é adquirida aos 18 (dezoito) anos de idade, não há qualquer justificativa plausível que ampare a obrigatoriedade de 21 (vinte e um) anos como idade mínima”⁵⁵

Por outro lado, “a exigência alternativa de que se tenha dois filhos vivos cria, ainda que indiretamente, dever de procriação e estabelece um número ideal de filhos, também de maneira arbitrária, o que não se coaduna com o direito à autonomia privada”⁵⁶.

50 Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/567070113/stf-recebe-nova-acao-contra-dispositivo-da-lei-do-planejamento-familiar>. Acesso em: 30 jan. 2023.

51 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.443**, de 2 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14443-2-setembro-2022-793189-publicacaooriginal-166038-pl.html>. Acesso em: 30 jan. 2023.

52 Art.10, I da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (alterada pela Lei nº 14.443, de 2 de setembro de 2022).

53 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, 20 de out. de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5368307>. Acesso em: 30 jan. 2023

54 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, op cit., p. 2.

55 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, op cit., p. 3.

56 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, op cit., p. 4.

Conclui, desse modo, pela inviabilidade de

restrição ao exercício da livre vontade de escolha pela esterilização voluntária de qualquer pessoa plenamente capaz, evidenciando a inconstitucionalidade das limitações impostas pelo inciso I ao estabelecer (i) idade mínima divergente daquela em que se alcança a maioridade civil ou, alternativamente, (ii) quantidade mínima de filhos, independentemente do número, porque a afronta decorre da obrigatoriedade reprodutiva que se configuraria ainda que o número de filhos fosse um e mesmo que morto⁵⁷.

Com o aditamento, assim, “reitera o pedido para que, mesmo diante das alterações, seja declarada a inconstitucionalidade parcial com redução de texto do inciso I, do art. 10, da Lei 9.263/96, quanto à exigência de idade superior a 21 anos ou existência de dois filhos vivos para a realização da esterilização cirúrgica”⁵⁸.

Até a finalização deste trabalho, fevereiro de 2023, o processo estava pendente de julgamento.

4 Re 842844 – Gestante contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível *ad nutum*, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória

O Recurso Extraordinário nº 842844/DF⁵⁹, de relatoria do Min. Luiz Fux, que tem como partes o Estado de Minas Gerais e Rosimere da Silva Martins, trata da possibilidade da concessão de licença maternidade, em circunstância de estabilidade provisória, de pessoa que ocupe cargo comissionado demissível pela parte contratante, o poder público, em contrato *ad nutum*. A matéria está contemplada pelo artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entendendo que o teor do Agravo em Recurso Extraordinário original tratava de matéria relevante e, por dispor sobre interesses que extrapolam

57 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, op cit., p. 11.

58 ADI 5911. Petição de aditamento da inicial, op cit., p. 11.

59 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 842844**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4650144>. Acesso em: 30 jan. 2023.

o caso em discussão, o Ministro Relator optou por converter o recurso em Recurso Extraordinário, por entender que se trata de um caso em que se faz necessária a atribuição da repercussão geral.

Assim, diante de repercussão geral, os municípios de Unai e São Paulo, bem como o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), ingressaram com pedidos para figurarem como *amici curiae* no processo e aguardam o posicionamento do relator sobre a admissão de seus pedidos.

O processo foi incluído no calendário de julgamento para 17 de maio de 2023.

5 ADI 6.138 Alteração na Lei Maria da Penha que permite ao Agente Policial aplicar medidas competentes ao Poder Judiciário

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.138⁶⁰, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que possui como requerente a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Presidente da República como interessado, trata do questionamento da modificação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

A modificação em discussão concedeu a prerrogativa de uma autoridade de polícia, delegado ou policial, de poderem, no caso de perigo de vida ou de risco dano físico, determinarem a aplicação de medidas protetivas, papel normalmente exercido pelo poder judiciário.

Contudo, a AMB entende que o caso é de hipótese de reserva absoluta de jurisdição, em conformidade com trecho a seguir citado:

Ao invés de fazer com que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mediante o incremento de um maior número de magistrados, passa-se a atribuir atividades do Poder Judiciário a agentes públicos do Poder Executivo desprovidos do dever funcional de imparcialidade, com ofensa ao princípio da separação de Poderes⁶¹.

60 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 6138**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>. Acesso em: 30 jan. 2023.

61 Plenário do STF julgará se polícia pode adotar medida da Lei Maria da Penha. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/plenario-stf-julgara-aplicacao-lei-maria-penha-policia>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Manifestaram interesse em participar na figura de *amici curiae* a Associação dos Nacional dos Membros do Ministério Público e a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo⁶².

O caso foi julgado em 23 de março de 2022, na data, o Tribunal decidiu, por unanimidade, julgar a ação improcedente, nos termos do voto do relator.

6 RE 639138 Contrato que prevê a aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres para cálculo da aposentadoria

Afetado ao tema de repercussão geral em 29 de maio de 2013, o Recurso Extraordinário RE 639138, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi julgado em 2020, tendo como relator para acórdão o Min. Edson Fachin⁶³

O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão perfilado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que considerou inválida cláusula contratual de previdência complementar que possibilite a aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres no cálculo da aposentadoria. O Tribunal gaúcho entendeu que a previsão contratual que permite a diferenciação do cálculo ofenderia o princípio da isonomia previsto no inciso I, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O Min. Gilmar Mendes entendeu que a repercussão geral se dá, em síntese:

a questão é eminentemente constitucional e cinge-se a saber à luz do princípio da isonomia se o fator de *discrímen* adotado nos dispositivos constitucionais que tratam dos regimes geral e próprio de previdência gênero da pessoa projeta-se na ordem jurídica com força para vincular os contratos de previdência privada. Logo, a controvérsia em exame reclama deste Supremo Tribunal Federal pronunciamento jurisdicional que imprima segurança jurídica aos contratos de previdência complementar, de ordem a definir a licitude, ou não, de contratos que estabeleçam be-

62 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 6138**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989> Acesso em: 30 jan. 2023.

63 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 639138**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4062504>. Acesso em: 30 jan. 2023.

nefício menor para mulheres, levando em consideração menor tempo de contribuição⁶⁴.

O parecer proferido pelo Ministério Público Federal, subscrito pelo Sub-procurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, opina pelo desprovemento do recurso extraordinário por entender que a permissão desse tipo de contrato fere o princípio constitucional da isonomia.

Os ministros entenderam que tempo menor de contribuição das mulheres para fins previdenciários não pode ser utilizado para fazer diferenciação de aposentadoria. Desta forma, o Plenário concluiu que os planos de previdência privada devem respeitar e se submeter à eficácia dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao princípio da igualdade de gênero, assegurada pelo art. 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Conclusão

Os casos apresentados no presente estudo demonstram o crescente avanço do papel do Supremo Tribunal Federal em efetivar e garantir os direitos constitucionais da mulher previstos na Constituição Federal de 1988.

A Suprema Corte Brasileira, tem papel contramajoritário por invalidar atos dos poderes Legislativo e Executivo em nome da Constituição. Ela também tem poder representativo, haja vista que em determinadas circunstâncias, é ela quem que atendem demandas sociais que se restam paralisadas pelo Poder Legislativo.

Assim, na inércia de atuação legislativa para atender as demandas sociais, cabe ao Supremo Tribunal Federal, quando demandado pela aferição de controle de constitucionalidade, bem como quando do julgamento de repercussão geral, zelar pela guarda e aplicabilidade dos princípios constitucionais aos direitos da sociedade e, no presente estudo, exaltamos esse papel fundamental para os direitos das mulheres.

64 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 639138**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4062504>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Referências

BARBOSA, Renan. **Deputados querem convencer STF a não liberar aborto em caso de zika**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/deputados-querem-convencer-stf-a-nao-liberar-aborto-em-caso-de-zika-078uaogp2m5hvm4lrrzz3k419/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 8.930**, de 6 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8930.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 9.318**, de 5 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9318.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 13.104** de 9 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.443**, de 2 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14443-2-setembro-2022-793189-publicacaooriginal-166038-pl.html>. Acesso em: 30 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os Direitos LGBTI. 6. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

IBDFAM. **STF pode julgar aborto para grávidas com zika este ano, diz Cármen Lúcia**. Direito de Família na Mídia, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16384/STF+pode+julgar+aborto+para+gr%C3%A1vidas+com+zika+este+ano%2C+diz+C%C3%A1rmen+L%C3%BAcia>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MARIN, Tatiana. **Com ressalvas, Simone Tebet apoia desarquivamento da PEC Antiaborto**. Campo Grande News, 2019. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/com-ressalvas-simone-tebet-apoia-desarquivamento-da-pec-antiaborto>. Acesso em: 30 jan. 2023.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Os direitos da mulher nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira**. Justiça & Cidadania, 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao-federal-brasileira/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade: **ADC 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584650>. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: **ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 5097**. Relator: Ministro Nunes Marques. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 5581**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 5911**. Relator: Ministro Nunes Marques. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 30 jan. 2023..

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADI 6138**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 639138**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4062504>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 842844**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4650144>. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 1058333**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>. Acesso em: 30 jan. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto**. STF Notícias, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://>

stf.jusbrasil.com.br/noticias/567070113/stf-recebe-nova-acao-contra-dispositivo-da-lei-do-planejamento-familiar. Acesso em: 30 jan. 2023.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O DIREITO DE IR E VIR

Sílvia Pérola Teixeira¹

Resumo

O presente estudo teve por objetivo investigar se, a despeito da proteção constitucional ao direito de ir-e-vir, a mulher encontra o amparo do Estado para transitar nas ruas com segurança e dignidade. Essa investigação mostra-se relevante porque a violência contra a mulher tem recrudescido a partir da naturalização e perpetuação de uma imagem inferiorizada em relação ao homem, sustentada na cultura machista e patriarcal. São sabidos os inúmeros e sequentes os casos de todo tipo de violência contra a mulher, com destaque para o aumento de feminicídios, em todas as partes do mundo, apesar de vasta gama de normativos internos e externos absolutamente protetivos, colhendo-se o exemplo do Brasil que, em termos de proteção à mulher, detém a terceira Lei mais avançada do mundo, mas, ocupa, nesse trágico ranking, o quinto lugar do mundo entre os países com o maior número de feminicídios. Buscou-se, assim, contribuir com o desenvolvimento dessa agenda de pesquisa em observância aos seguintes objetivos específicos: investigar se a mulher pode usufruir, com segurança, de seu direito constitucional de ir e vir; demonstrar a existência de um padrão de desamparo em relação às mulheres quando transitam “na rua” em razão de gênero; e, atestar como o neoliberalismo e o patriarcado são determinantes para a banalização da violência contra a mulher, a partir da perspectiva da reprodução social e de estereótipos de masculinidade e feminilidade. Para tanto, foram alinhados aspectos epistemológicos, empíricos-sociais e linguísticos, onde a análise da cultura do patriarcado, em meio ao sistema cultural-político-econômico vigente, que valora desigualmente os sexos, evidencia a violência por que passa uma mulher, por uma percepção sexualizada e objetificada, deixando-a à margem da proteção constitucional do direito de livre locomoção. Como marcos teóricos, sobretudo, no que tange à temática da reprodução social, fez-se uso das ideias de Federici, Saffioti, Fraser, Bhattacharya e Soares, além de estudo de caso e dados estatísticos. Concluiu-se que “nascer homem ou mulher confere ‘lugares e papéis sociais’, imagens, atributos diferentes que são construídos a partir do sexo genital” (Sousa; Sirelli, 2018, p. 331.)

Palavras-chave: Mulher. Rua. Violência. Direito de ir-e-vir.

¹ Professora, Jornalista e Advogada, especializada em Tribunais Superiores, Mestra em “Ciências Jurídicas” pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL (Lisboa/Portugal) e pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Doutoranda em “Direitos Humanos” pela Universidade de Salamanca (Espanha). E-mail: perolamor@gmail.com.

Abstract

The present study aimed to investigate whether, despite the constitutional protection of the right to come and go, women find support from the State to travel the streets with safety and dignity. This investigation is relevant because violence against women has increased due to the naturalization and perpetuation of an inferior image in relation to men, supported by sexist and patriarchal culture. The countless and consistent cases of all types of violence against women are known, with emphasis on the increase in feminicides, in all parts of the world, despite a wide range of absolutely protective internal and external regulations, taking the example of Brazil, which, in terms of protecting women, has the third most advanced law in the world, but occupies, in this tragic ranking, fifth place in the world among the countries with the highest number of feminicides. The aim was, therefore, to contribute to the development of this research agenda in compliance with the following specific objectives: to investigate whether women can safely enjoy their constitutional right to come and go; demonstrate the existence of a pattern of helplessness towards women when they walk “on the street” due to their gender; and, attesting how neo-liberalism and patriarchy are decisive for the trivialization of violence against women, from the perspective of social reproduction and stereotypes of masculinity and femininity. To this end, epistemological, empirical-social and linguistic aspects were aligned, where the analysis of the culture of patriarchy, in the midst of the current cultural-political-economic system, which values the sexes unequally, highlights the violence that a woman goes through, for a sexualized and objectified perception, leaving it outside the constitutional protection of the right to free movement. As theoretical frameworks, especially regarding the theme of social reproduction, the ideas of Federici, Saffioti, Fraser, Bhattacharya and Soares were used, as well as case studies and statistical data. It was concluded that “being born a man or a woman confers different ‘social places and roles’, images, attributes that are constructed from genital sex” (Sousa; Sirelli, 2018, p. 331).

Keywords: Woman. Road. Violence. Right to come and go.

Introdução

Se a liberdade é um direito fundamental e elemento axiológico determinante da primeira geração dos direitos humanos, resta indagar se uma mulher pode usufruir desse direito humano e fundamental de *ir-e-vir*. Vale dizer que há estudos acerca do Direito às Cidades, obra publicada pelo escritor francês, Henri Lefebvre, em 1968 (Lefebvre, 1968), no que foi seguido por David Harvey, que escreveu “Cidades Rebeldes, do direito à cidade à revolução urbana”

(Harley, 2014), ambos, estudam o fenômeno sob a perspectiva marxista. Também no Brasil, em suas falas públicas, o Padre Júlio Lancelloti trouxe à reflexão o tema de uma “arquitetura hostil”, o que chamou de “arquitetura antipobres” (Oliveira, 2021). Nessa linha de reflexão, é possível pensar em uma arquitetura antimulher. Contudo, este trabalho não pretende se focar no aspecto geográfico do questionamento que foi posto, mas, centra-se no direito de locomoção como desdobramento do sagrado direito à liberdade.

Assim, o que se pretende refletir é, se, a um tempo, o Estado não impõe restrições ao livre trânsito de uma mulher, pode-se questionar se esse mesmo Estado oferece proteção para que ela possa transitar com liberdade e segurança. São revelados dados estatísticos acerca da vitimização das mulheres no Brasil, a partir da pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Também, procurou-se ampliar o conceito de “rua”, para incluir, muito particularmente, o espaço do Judiciário, ilustrando-se com o caso de Mariana Ferrer, que acabou provocando a edição de uma legislação, a Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245/2021) “para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas...”.

O estudo procura enfrentar o problema a partir da perspectiva do patriarcado, que inclui a submissão histórica da mulher, e da compreensão da construção de uma sociedade neoliberal, constituída na perspectiva androcêntrica.

Por fim, é muito relevante para este artigo, a análise do dilema da Reprodução Social, que tem em Silvia Federici uma das suas principais estudiosas.

1 O direito de ir e vir e a liberdade de locomoção

A liberdade é um direito fundamental e um anseio de todo ser humano, da qual, o direito de locomoção é um desdobramento, que não pode ser restringido pelo Estado, salvo em hipóteses excepcionais, que vêm previstas na Constituição Federal – CF de 1988, e na legislação ordinária de cada país. O direito, portanto, de *ir-e-vir* está relacionado à liberdade de locomoção e, assim, vem previsto no art. 5º, inc. XV Carta Magna: “[...] é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens [...]” (Brasil, 1988).

A liberdade constitui elemento axiológico determinante da primeira geração dos direitos humanos. Com efeito, já com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, destacavam-se, nessa categoria, as liberdades públicas e dos direitos políticos (França, 1789). Hoje, está prevista expressamente no art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas, 1948):

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

A liberdade é, portanto, uma das dimensões do princípio da dignidade humana.

Em fala proferida no VI Seminário Jurídico da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), o Ministro Ayres Britto, afirma que “a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante-delito deve ser ‘imediatamente’ comunicada ao juiz para que ele decida sobre a regularidade da medida e a necessidade de seu prosseguimento” (Brasil, 2010, p. 8). Para ele, “ao se manifestar, o juiz deve, em sua fundamentação, demonstrar que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do artigo 312 do CPP” (Brasil, 2010).

2 A mulher pode usufruir, com segurança, do seu direito constitucional de ir e vir?

Se a liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração, resta saber, objeto deste estudo, se a mulher pode usufruir, com segurança, desse direito. Se, a um tempo, pode-se pensar que o Estado não impõe restrições ao seu livre trânsito, por outro lado, pode-se questionar se esse mesmo Estado oferece proteção para que ela possa transitar com liberdade e segurança.

São inúmeros, repetidos, crescentes e diários os casos de violência de toda sorte contra as mulheres, qualquer mulher, de todas as faixas etárias e status social.

A quarta edição da pesquisa intitulada *Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP,

destacou que cerca de 18,6 milhões de mulheres brasileiras foram vitimizadas em 2022, “o que equivale a um estádio de futebol com capacidade para 50 mil pessoas, lotado todos os dias” (Souza, 2023, p.1).

Dessa feita, tem-se o depoimento da pesquisadora do Fórum supracitado, Amanda Lagreca, que revela:

Todos os dados da pesquisa são realmente bem tristes, mas, quando olhamos para as violências sofridas pelas mulheres no Brasil, comparado com as pesquisas que a gente fez anteriormente, todas as modalidades de violência foram acentuadas nesse último ano. Então, as mulheres estão sofrendo cada vez mais violência. Há aumento de 4 pontos percentuais sobre as mulheres que sofreram algum tipo de violência ou agressão no último ano, comparado com a pesquisa anterior. Esse é um dado que choca bastante (*Apud* Souza, 2023, p. 1)

A reportagem citada também revela que, de acordo com a pesquisa, “uma em cada três brasileiras com mais de 16 anos sofreu violência física e sexual provocada por parceiro íntimo ao longo da vida”. E quando se inclui a violência psicológica, as vítimas beiram o patamar de quase 50%. Outro dado relevante é um recorte de raça, estado civil e escolaridade: “Mulheres negras, de baixa escolaridade, com filhos e divorciadas são as principais vítimas [...]”. Embora, para o objetivo desta pesquisa, estejamos considerando o vocábulo “rua” de forma abrangente, para incluir todos os espaços pelos quais transita a mulher, a pesquisa em comento fez também o recorte geográfico. O relatório mencionado registra que outros lugares onde houve episódio de violência foram a rua (17,6%), o ambiente de trabalho (4,7%) e os bares ou baladas (3,7%). Sobre a reação à violência, a maioria (45%) das mulheres disse que não fez nada. Em pesquisas anteriores, em 2017 e 2019, esse número foi de 52% (Quarta edição da pesquisa intitulada *Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP). Embora, para o objetivo desta pesquisa, estejamos considerando o vocábulo “rua” de forma abrangente, para incluir todos os espaços pelos quais transita a mulher, a pesquisa em comento fez também o recorte geográfico. O relatório mencionado registra que outros lugares onde houve episódio de violência foram a rua (17,6%), o ambiente de trabalho (4,7%) e os bares ou baladas (3,7%). Sobre a reação à violência, a maioria (45%) das mulheres disse que não fez nada.

Em pesquisas anteriores, em 2017 e 2019, esse número foi de 52% (Quarta edição da pesquisa intitulada *Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP).

Dados dessa pesquisa ainda revelam que 46,7% das brasileiras sofreram assédio sexual em 2022, um crescimento de quase 9 pontos percentuais em relação a 2021, quando a prevalência de assédio foi de 37,9%. Estamos falando de 30 milhões de mulheres: 26,3 milhões de mulheres ouviram cantadas e comentários desrespeitosos na rua (41,0%) ou no ambiente de trabalho (18,6% – 11,9 milhões), foram assediadas fisicamente no transporte público (12,8%) ou abordadas de maneira agressiva em uma festa (11,2%).

Assim, mostra-se emblemático, por exemplo, o caso da promotora de eventos, Mariana Ferrer, onde “o Ministério Público de Santa Catarina – MPSC, em 2018, ofereceu denúncia contra André Camargo Aranha, por ter mantido conjunção carnal” com a *promoter* quando, nos termos da peça processual, ela não estava em condições de oferecer resistência por ter ingerido substância que comprometia seu discernimento o que configuraria o crime de estupro vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal Brasileiro (Guareschi; Meneghetti; Rosa, 2022, p. 2).

O possível estupro, de acordo com Mariana Ferrer, teria ocorrido na noite de 15 de dezembro de 2018, em uma festa de abertura do verão Música Sunset no Café de La Musique, situado na Avenida dos Merlins, Posto 1B, Jurerê Internacional (Santa Catarina, 2020, p.1). Cabe mencionar que a praia situada em Florianópolis, Santa Catarina, é conhecida por ser frequentada por pessoas ricas e famosas.

Este caso chamou muita atenção porque na “rua” do espaço judiciário, ou seja, em um dos atos da audiência de instrução e julgamento, Mariana passou por uma verdadeira tortura diante de um tribunal absolutamente masculino, composto pelo advogado de defesa, cuja participação mais parecia a de um algoz, um juiz e promotor omissos e coniventes, sendo que este último acabou por pedir a absolvição do réu, fato inédito, uma vez que a materialidade (presença de sêmen e sangue, rompimento do hímen) e a autoria eram incontroversas.

Segundos vídeos da audiência que foram vazados pela Intercept, o advogado de defesa, Cláudio Gastão da Rosa Filho, mostrou fotos da vítima como

modelo profissional, antes do crime, que classificou de “ginecológicas”, não tendo sido questionado acerca da relação com o caso pelo juiz, que o deixava concluir suas falas degradantes. O advogado afirmou que “jamais teria uma filha” do “nível” de Mariana” e, ainda, dirigindo-se a ela que “não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso e essa lábia de crocodilo”, entre outras barbaridades). A virgindade da vítima também foi posta em xeque, embora, de novo, não se consiga conceber qual a relevância para o caso, e, apesar de o exame de corpo de delito ter apontado o rompimento de hímen (Carvalho, 2021). Aliás, é inédito o pedido de absolvição por parte do MPSC, uma vez ter ficado inafastável a materialidade do crime e a autoria, repita-se.

O juiz, Rudson Marcos², da 3ª Vara Criminal de Florianópolis, jamais interrompeu a tortura, permitindo que o advogado de defesa as completasse. Mas, o que mais impressionou dessa audiência, cujos vídeos foram vazados pela *intercept*, além da humilhação e tortura a que foi submetida a Mariana pelo próprio Estado que a deveria proteger, encarcerada, ao contrário, naquele espaço de humilhação, foi o pedido dela de socorro e a sua fala de desespero: “Excelentíssimo, eu tô implorando por respeito, nem os acusados são tratados do jeito que estou sendo tratada, pelo amor de Deus, gente. O que é isso?”

A repercussão dos vídeos da audiência com essa fala tão desesperada e desesperadora provocou grande comoção nacional e revitimização da vítima com críticas, julgamentos e *fake news*³.

Com efeito, na visão neoliberal, há quem ainda questione o que ela foi fazer ali, “na rua”, no fatídico dia em que foi estuprada. Ou o que foi fazer ali “na rua” daquele espaço judicial, absolutamente masculino e intimidador, em outras palavras, por que denunciou, por que não ficou quieta?

2 O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu pela abertura de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o juiz Rudson Marcos, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). O objetivo é investigar a atuação do magistrado durante a audiência que colheu o depoimento da vítima Mariana Borges Ferrer em ação penal que tratava de suposto crime de estupro de vulnerável. A maioria dos conselheiros entendeu que o juiz foi omissivo na condução da audiência de instrução ao não evitar que a vítima fosse ofendida. (Camimura, 2023, p. 1).

3 Este caso acabou gerando a Lei Mariana Ferrer, a Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, que visa “coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo” (Brasil, 2021, art. 1º).

Assim, a vítima foi a culpada pelo crime, portanto pela sua vitimização (Karmen, 2007). Esse questionamento está justificado pela teoria liberal que induz ao entendimento de que a vítima deixe a relação, não saia de casa, que maneje a situação de violência por conta própria sem a intervenção do Estado, se não nos espaços públicos, quanto menos na “rua” do próprio ambiente familiar, o famoso “em briga de marido e mulher, o Estado não mete a colher”.

É importante registrar que, no dia 22 de maio de 2024, O Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da desqualificação de vítimas de abuso sexual ou violência doméstica em audiências e investigações policiais. Esse julgamento aconteceu no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 1107) e um dos casos que impulsionaram a ação da Procuradoria-Geral da República (PGR) foi exatamente o caso mencionado neste trabalho, o da Mariana Ferrer.

A ministra Cármen Lúcia, a relatora, destacou que, a despeito dos avanços na legislação brasileira para assegurar a proteção das mulheres, essas práticas continuam sendo reproduzidas na sociedade, reforçando a discriminação e a violência de gênero contra vítimas de violência sexual. Ela registra em seu voto que:

Essas práticas, que não têm base legal nem constitucional, foram construídas em um discurso que distingue mulheres entre as que ‘merecem e não merecem’ ser estupradas”, afirmou. “Elas se firmaram como forma de relativizar práticas de violência e tolerância na sociedade aos estupros praticados contra mulheres com comportamentos que fugissem ou des-toassem do que era desejado pelo agressor (Sessão plenária [...], 2024).

Para a ministra, sob pena de responsabilidade administrativa e penal, o julgador tem o dever de impedir a prática discriminatória. Por unanimidade, o plenário decidiu de acordo com o voto da ministra e fixou punições a policiais, juízes, promotores e advogados envolvidos direta ou indiretamente em questionamentos sobre a vida ou o comportamento dessas vítimas.

Infelizmente, como no caso da Mariana Ferrer, desqualificar e humilhar a vítima de violência sexual e doméstica é uma conduta banalizada no ambiente policial e judicial. Volta-se o foco para a moral da vítima e para a sua vida pregressa com as humilhantes indagações acerca da sua vestimenta, comportamento nas redes social e até sobre sua virgindade.

A ministra Cármen Lúcia (Sessão plenária [...], 2024) destacou ainda que as mulheres ouvem “frases cruéis” acerca da sua vida sexual e até das roupas que vestem.

“A maneira pela qual a vítima é tratada e reconhecida pelo processo penal revela toda forma de discriminação, preconceito e de manutenção da desvalorização indigna das mulheres”, disse a relatora, cujo voto foi acompanhado pelos demais ministros.

O estudo de Lima (2020) sobre o real direito de ir e vir, ou seja, sobre a segurança de mulheres brasileiras em seus deslocamentos, evidencia e dá visibilidade aos problemas que enfrentam as mulheres para seus deslocamentos nas ruas, como o assédio e violência, e sugere a representatividade feminina na gestão e produção do espaço urbano. Conforme Harvey (2014, *apud* Lima, 2020, p. 92), “é preciso que a cidade seja capaz de interpretar as multiplicidades de sua sociedade, delineando traçados capazes de proporcionar segurança e integração aos mais variados públicos que a constituem”. Também há menção à obra de Jane Jacobs intitulada *Morte e Vida de Grandes Cidades* (1961 *apud* Lima, 2020, p. 92), segundo o qual “alguns traçados urbanos comprometem a inserção de um determinado público na cidade, potencializando ações de violência e hostilidade”.

Jane Jacobs vê o processo de caminhar pela cidade como um ato político, o qual, no Brasil, reveste-se de demarcações de gênero e limita o livre acesso de quem por ali passa, ou seja: para quem a cidade é apropriada, a ponto de se afirmar que determinada rua ou local não são apropriados para uma mulher desacompanhada? Quanto se repete a frase estigmatizante: estava procurando o que andando por lá sozinha e pode-se adicionar “com essa roupa”, “com esse comportamento” e outras condições limitantes para a mulher além do espaço geográfico propriamente dito.

Outro dado que se pode considerar muito relevante no estudo em questão é o de que, segundo Sabino (2019 *apud* Lima, 2020, p. 93), “por muitos anos, projetos de mobilidade urbana em diversos centros tiveram autores do sexo masculinos, negligenciando uma perspectiva que pudesse trazer maior segurança para mulheres em seus deslocamentos”. Assim, “a segregação da participação feminina na economia e ciência teve repercussões diretas na forma e ocupação do espaço urbano atual, que foi constituído e moldado por uma única perspectiva de gênero” (Lima, 2020, p. 93).

Desta forma, a violência contra as mulheres cresce nas ruas, praças, lotes vazios e demais locais mal iluminados, ou desertos, como paradas de ônibus, principalmente, em determinados horários noturnos.

É de se louvar a iniciativa da Eletromída (empresa de anúncios eletrônicos em espaços abertos), que ganhou o Leão de Ouro do Festival de Cannes, com a campanha *Guarded bus stop* (Ponto de Ônibus Vigiado) utilizando totens interativos que detectam se uma mulher está sozinha no ponto de ônibus no período da noite e a tela oferece a companhia de uma atendente, por videochamada, em tempo real, para fazer companhia a mulheres desacompanhadas até a chegada do seu transporte (Totens que [...], 2023).

Solnit (2016) atenta que o caminhar da mulher é visto de maneira poética, para a apreciação e deleite dos homens, sendo que ela, assim, caminha para ser vista e apreciada e não em razão da necessidade de se deslocar pelas ruas da cidade. A escritora Letícia Sabino diz que as mulheres não decidem nas cidades, apesar de serem as que mais caminham e recorda a canção de Tom Jobim e Vinicius de Moraes, *Garota de Ipanema*: “[...] o seu balançado é mais que um poema, é a coisa mais linda que já vi passar”. Que mulher não gostaria de ter sido a musa de “*Garota de Ipanema*”, que imortalizou Helô Pinheiro? Será? Há o estereótipo de que as mulheres querem ser vistas, admiradas e imortalizadas pela sua beleza, o que afasta a discussão acerca de quão seguras se sentem nesse “caminho pro mar” ou para qualquer lugar.

A verdade é que as estatísticas sobre a violência sofrida pelas mulheres nas ruas, detectada em várias plataformas e por diversos medidores, é alarmante. A Artigo 19 (Dados sobre [...], [s. d.], p. 2) registra que, já a partir de 2015, o Brasil é o quinto país do mundo em taxa de feminicídio, posição lastimável que mantém, desde então, apesar de ter a terceira melhor Lei do mundo (reconhecida pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas) em termos de combate à violência contra a mulher (Relatório global [...], 2009, p. 1): a Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340.

“O corpo é meu, a cidade é nossa” é um dos diversos gritos bradados nos movimentos feministas em razão da violência sofrida pelas mulheres nas ruas quando estão, como qualquer cidadão, simplesmente, usufruindo do seu direito de andar na rua. Isso porque o corpo da mulher, na sociedade machista, patriarcal e neoliberal, é considerado domínio público, produto de consumo e assim, está exposto para uso e abusos que vão desde a cantada

abjeta a toques não autorizados, violência física e chegam ao estupro. São inúmeros, como já dito aqui, os casos de meninas violentadas em espaços públicos e em locais de entretenimento. Chama a atenção o envolvimento de jogadores de futebol com esses crimes, o que reforça a visão neoliberal de que o dinheiro compra um corpo e um corpo de uma mulher. Os casos mais atuais envolvem o jogador Daniel Alves, da seleção brasileira em duas Copas do Mundo, 2014 e 2022, preso em Barcelona por acusação de estupro de uma mulher espanhola. O advento da Lei *Solo Si es Si*, a partir do caso La Manada⁴, foi determinante para o cumprimento de rigoroso protocolo, nesse tipo de acusação, para que o jogador fosse preso de imediato e continuasse preso. Outro caso, também, de impacto lastimável é o do jogador Robinho (Real Madrid e seleção brasileira) condenado na Itália a nove anos de reclusão por participação em um estupro coletivo de uma jovem de 22 anos em 2013. O jogador vive no Brasil que não extradita seus nacionais. A discussão dos Tribunais brasileiros agora é se ele cumprirá a pena no Brasil. Recentemente, foram vazados áudios da participação do jogador com conteúdo desprezível e humilhante para a vítima e, por consequência, para qualquer mulher. Conteúdos que, tanto como neste e em outros casos, primeiro, negam a autoria do fato, depois, revitimizam a vítima, o tal do “ele provocou” e depois a desqualificam lançando mão do seu passado, de fotos em redes sociais e questionamentos sobre a sua virgindade.

3 Sociedade neoliberal e patriarcado

A submissão da mulher é histórica, com remissão à criação do mundo quando Deus tirou a mulher da costela de Adão (Bíblia, 1980, Gênesis 2: 21-22), a justificar sua subserviência ao homem. Destarte, nessa visão tradicionalista, a missão da mulher é a maternidade, até por um decreto divino que se encontra na gênese da criação: “[...] parirás com dores” (Bíblia, 1980,

4 Na festa de São Firmino, em Pamplona, na Espanha, em 7 de junho de 2016, cinco homens, um militar e um guarda civil, estupraram uma jovem de apenas 18 anos. Foram condenados em 1º e 2º graus por abuso sexual continuado; mas o Tribunal Supremo da Espanha elevou a pena de 9 para 15 anos por reconhecer que estava configurada a Violação sexual (estupro). A repercussão internacional do caso, impulsionada pela militância dos movimentos feministas espanhóis, inspirou a Lei *Solo Si es Si*, ou Lei da garantia integral de liberdade sexual que coloca o “consentimento” no centro do debate, ou seja, todo ato sem consentimento será considerado agressão sexual. (Jovens denunciam [...], 2016, p. 1).

Gênesis 3: 16). Dessa forma, “as sociedades não teriam conseguido chegar à modernidade sem que a maioria das mulheres dedicasse quase toda a vida adulta a ter e criar filhos” (Lerner, 2019, p. 39 *apud* Oliveira, 2022). Por isso, normalizou-se, não só a divisão sexual do trabalho como a opressão feminina com fulcro nas diferenças biológicas, identificáveis na capacidade de caçar do homem, em sua maior força física, na sua condição de provedor, por isso, mais honrado e necessário; a mulher, pelo contrário, seria o sexo frágil, cuja aparato biológico estaria destinado, como já se disse, à gestação, procriação e cuidados com a prole e com toda a família.

Bourdieu (2002, p. 33) analisa que

[...] a diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho.

Contudo, aquele autor entende que “a definição social do corpo, e especialmente dos órgãos sexuais, é produto de um trabalho social de construção” (Bourdieu, 2002, p. 33). Isso porque

[...] são as diferenças visíveis entre o corpo feminino e o corpo masculino que, sendo percebidas e construídas segundos esquemas práticos da visão androcêntrica, tornam-se o penhor mais perfeitamente indiscutível de significações e valores que estão de acordo com os princípios desta visão: não é o falo (ou a falta de) que é o fundamento dessa visão de mundo, e sim é essa visão de mundo que, estando organizada segundo a divisão em gêneros relacionais, masculino e feminino, pode instituir o falo constituído em símbolo da virilidade, de ponto de honra (nif) caracteristicamente masculino; e instituir a diferença entre os corpos biológicos em fundamentos objetivos da diferença entre os sexos, no sentido de gêneros construídos como duas essências sociais hierarquizadas (Bourdieu, 2002, p. 33).

O homem é o centro da sociedade, esse é o pilar de uma sociedade patriarcal, que a ele confere proeminência nos espaços político, intelectual e econômico, a despeito do avanço de direitos conquistados, a duras penas, pelos movimentos feministas (Ventura, 2018). Continua, na pauta, contudo,

o projeto de silenciamento das mulheres. Sendo certo, como destaca Saffioti (2001, p. 116), que “as mulheres como categoria social não têm, contudo, um projeto de dominação-exploração dos homens”, o que, para ela, “faz uma gigantesca diferença”.

Com efeito, a sociedade brasileira é fortemente marcada por diferenças culturais, sociais e étnicas abissais, a partir de estereótipos pavimentados no desenvolvimento histórico da sociedade brasileira. Nessa trajetória, o estigma da proposta sexista e patriarcal permeia todos os espaços da sociedade, aliando a mulher de qualquer espaço participativo. Com certeza, a banalização e eternização da projeção de uma imagem de mulher inferiorizada, à margem dos direitos, dos acessos à emancipação como ser humano que precisa evoluir em sua dignidade como pessoa, das cidades e até dos seus próprios corpos, referendam e avalizam a violência contra a mulher em qualquer espaço que ouse transitar, já que se atreveu a sair de casa, a escapar da missão que lhe foi destinada na reprodução social. A mulher passou a existir em função da família, seu destino é casar-se, procriar, cuidar do marido, da prole e do lar, “tornando-se uma extensão do homem” a partir do implemento da propriedade privada e da necessidade de herdeiros (Wolf, 1992).

Federici (2019) estuda o dilema da reprodução social há longos anos e afirma que “não se tolerará reflexão revolucionária que não abarque as considerações sobre o trabalho doméstico, a reprodução e a luta feminista”. É muito importante, para se entender a influência no patriarcado na evolução e direito à liberdade de locomoção da mulher, desvendar a questão da reprodução social, “compreendida”, no dizer daquela autora, “como o complexo de atividades e relações por meio das quais nossa vida e nosso trabalho são reconstituídos diariamente [...]” (Federici, 2019, p. 20). Ela ainda assevera que “a confrontação com o ‘trabalho reprodutivo’ – entendido, primeiramente, como trabalho doméstico – foi o fator determinante para muitas mulheres da minha (sua) geração, que cresceram após a Segunda Guerra” (Federici, 2019, p. 20). Isso porque “depois de dois conflitos mundiais que, no intervalo de três décadas, dizimaram mais de setenta milhões de pessoas, os atrativos da domesticidade e a perspectiva de nos sacrificarmos para produzir mais trabalhadores e soldados para o Estado não faziam mais parte do nosso imaginário” (Federici, 2019, p. 20).

Essa conhecida pesquisadora considera o estudo do trabalho doméstico como fundamental na compreensão da exploração das mulheres pelo capitalismo. Assim, a liberdade e autossuficiência da mulher, a sua independência não está só atrelada a um homem, mas, também, ao capital e ao Estado. Federici (2019, p. 42) chega a afirmar que “quando falamos em trabalho doméstico, não estamos falando de um trabalho como os outros, mas, sim, da manipulação mais disseminada e da violência mais sutil que o capitalismo já perpetuou contra qualquer setor da classe trabalhadora”. Assim, a violência contra a mulher pode ser, também, explicada, “como umas das múltiplas expressões da questão social no capitalismo contemporâneo”. Ao tentar traçar o perfil da “vítima ideal” no Direito Penal, Duarte (2013), que investiga o tema da violência contra a mulher sob essa perspectiva, fala da partilha da culpa e como há um entendimento comum, nas sentenças de casos de violação e nas relações de intimidade e feminicídios de que alguma coisa no comportamento da vítima influenciou a ocorrência do crime, ou seja, a vítima é culpada da violência sofrida (Karmen, 2007).

Aquela autora aponta que o compartilhamento dessa culpa está assentado nesta pergunta: “por que ela não abandonou a relação?” (Duarte, 2013, p. 362-363), citando decisões judiciais. Essa revitimização institucionalizada responde à proposta liberal de que a vítima deve lidar, por conta própria com a situação de violência, sem a intervenção do Estado, em nome do autodomínio. A cidadania não se prestaria, assim, para comportar situações de violência nas relações íntimas. Por isso, o bordão “o pessoal é político” se tornou forte entre todas as teorias feministas (Pateman, 1988).

Kelsen (2011) tentou elaborar uma Teoria Pura do Direito, isto é depurada de toda ideologia política e de todo elemento científico-cultural, teoria jurídica presa a sua especificidade em razão da legalidade inerente a seu objeto. A despeito das reflexões que essa teoria evoca, a verdade é que, o direito, como postulado normativo advindo do Estado, deve se pautar pela igualdade de interpretação e aplicação a todos os seus destinatários, que são titulares de deveres e direitos. Dessa forma, o sexo biológico e/ou gênero, dentro outros aspectos identitários, as questões socioeconômico-culturais, ou aparência da vítima não deveriam influir no acesso à proteção constitucional, ainda menos, quando se trata do Estado-juiz (entre outras variáveis identitárias).

Contudo, não se identifica essa neutralidade nem nos espaços diversos da sociedade, como o trabalho, a escola, as redes sociais e o próprio lar, e, ainda, no âmbito policial e judicial, muitas vezes, quando uma vítima de violência sexual é julgada a partir de sua aparência. As teorias feministas, firmadas, a partir de uma militância feminista, há muito, denunciam que o Estado que diz aplicar o direito, apesar de se declarar neutro, está constituído e elabora normatividades sociojurídicas de gênero, identificando os sujeitos “homem” e mulher” a partir de repercussões culturais e sociais que influenciam na instrução processual e na sentença a ser proferida.

Soares (*apud* Duarte, 2022, p. 32) afirma que “um claro exemplo de que esta neutralidade é uma ficção é a crítica feminista do “homem médio” enquanto referência jurídica sobre o comportamento comum numa dada situação”. E, invocando Beleza (2001 *apud* Duarte, 2022, p. 32), diz que,

[...] apesar de a lei não definir exatamente o que é um homem ou uma mulher, [p]ressupõe a existência de homens e de mulheres, [e] pressupõe um certo tipo de relacionamento dito normal ou natural, normativamente ‘desejável’ entre estas entidades.

E conclui:

[...] que alguns estudos têm vindo a demonstrar que, apesar da consagração legal do princípio da igualdade perante a lei, as mulheres são, enquanto grupo social, mais severamente afetadas por mitos, preconceitos e estereótipos sexistas, contidos quer nas leis, quer nas mentes dos/as magistrados/as (Beleza, 2001 *apud* Duarte, 2022, p. 32).

Conclusão

Assim, é de se concluir que os homens têm mais direito aos espaços das cidades do que uma mulher (Weyl; Pereira, 2015).

Com efeito, “nascer homem ou mulher confere ‘lugares e papéis sociais’, imagens, atributos diferentes que são construídos a partir do sexo genital” (Sousa; Sirelli, 2018, p. 06). Ainda mais excluídas dessa garantia fundamental de ir-e-vir, estão as mulheres negras e pobres, o que “se agrava com o aumento do número de mulheres em situação de pobreza, um processo conhecido

como feminização da pobreza⁵ (Weyl; Pereira, 2015, p. 297). Dessa forma, o artigo destaca que a mulher que possui carro teria uma espécie de maior proteção do que as que não tem outra opção, senão, andar a pé.

O estudo de Weyl e Pereira (2015) cita as “Marchas das Vadias”, movimentos que se insurgem, exatamente, contra o rótulo colocado em mulheres que transitam nas ruas com determinada roupa, determinado comportamento, o que justificaria a violência praticada contra elas, como o estupro. Tanto que uma das principais perguntas a mulher, vítima de violência sexual, em delegacias, é “o que você estava vestindo?”.

Com efeito, a liberdade de locomoção de uma mulher, seja nas ruas das cidades, seja na “rua” da sua própria casa, do trabalho, dos locais de entretenimento, nas zonas de guerra e, muito particularmente, no espaço judiciário, onde tem, em tese, o direito fundamental de proteção, depende de uma mudança de mentalidade de homens e mulheres que ocupam estes espaços para que a mulher seja vista em sua dignidade como pessoa humana, sem acepção de gênero. A evolução que já se conseguiu decorreu, como visto, da militância dos movimentos sociais, particularmente, dos movimentos feministas. E a esperança é que a liberdade, para uma mulher, possa alcançar todos os espaços por onde tem direito de transitar, livre e sujeito de direitos e garantias constitucionais, tendo sua integridade física, moral e psíquicas resguardadas pelos Estados, em consonância com os inúmeros normativos de proteção internacionais e internos.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 160 p.

5 “[...] o termo foi escrito pela primeira vez pela estadunidense Diane Pearce em artigo publicado em 1978. Para ela, a feminização da pobreza é um processo que se desenvolve a partir do momento em que a mulher com filhas (os) passa a não ter mais marido ou companheiro morando no mesmo domicílio e se responsabilizando pelo sustento da família. Essa situação é causada pela relação da mulher com o mercado de trabalho e por questões ligadas à responsabilidade maior, culturalmente construída, que as mães têm com as filhas e filhos e que direciona o desapego dos pais com as crianças” (Weyl; Pereira, 2015, p. 297).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Brasília, DF: Presidência da República. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 1º jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 106.299**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-ministro-ayres-britto-habeas.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2023.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Delta, 1980. 1125 p.

CAMIMURA, Lenir. Aberto PAD para investigar suposta omissão de juiz do caso Mariana Ferrer. **Agência CNJ de Notícias**, [s. l.], 24 maio 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aberto-pad-para-investigar-suposta-omissao-de-juiz-do-caso-mariana-ferrer/>. Acesso em: 1º jun. 2023.

CARVALHO, Érica dos Santos (Org.). **Caminhos da história**: sujeitos, memórias e transformações. Formiga, MG: MultiAtual, 2021. 259 p.

DADOS sobre feminicídio no Brasil. **Artigo 19 Brasil**, São Paulo, [s. d.]. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Femicidio-no-Brasil-.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2023.

DUARTE, Madalena. **Para um direito sem margens**: representações sobre o Direito e a violência contra as mulheres. 2013. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

DUARTE, Madalena. Uma boa mulher é difícil de encontrar? Reflexões sobre a “vítima ideal” no Direito Penal. **Ex aequi**, [s. l.], n. 45, p.31-43, 2022. Disponível em: <https://exaequo.apemestudos.org/artigo/reflexoes-sobre-a-vitima-ideal-no-direito-penal>. Acesso em: 24 jul. 2023.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução**: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2023.

GUARESCHI, Charlene Quevedo; MENEGHETTI, Patrick Costa; ROSA, Marluza da. Caso Mariana Ferrer: uma análise dos atravessamentos entre os discursos jurídico, jornalístico e midiático. In: 6º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, RS, 24-26 out. 2022. **Anais...** Santa Maria, RS, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2022/11/8.2.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2023.

HARLEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução: Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 294 p.

INSTITUTO CAMINHABILIDADE. Mulheres são as que mais caminham e as que menos decidem nas cidades. **Carta Capital**, [s. l.], 28 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/mulheres-sao-as-que-maiscaminham-e-as-que-menos-decidem-nas-cidades/>. Acesso em: 1º jun. 2023.

JOVENS denunciam estupros durante festa de São Firmino na Espanha. **G1**, [s. l.], 11 jul. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/jovens-denunciam-estupros-durante-festa-de-sao-firmino-na-espanha.html>. Acesso em: 1º jun. 2023.

KARMEN, Andrew. **Crime victims**: an introduction to victimology. 6. ed. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. 7. ed. rev. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 205 p.

LEFEBVRE, Henri. **Le droit à la ville**. Paris: Antropos. 1968.

LIMA, Kananda Fernandes de Sousa. Real direto de ir e vir: estudo sobre a segurança de mulheres brasileiras em seus deslocamentos. **Projectare**: Revista de Arquitetura e Urbanismo, [s. l.], n. 10, p. 90-107, dez. 2020.

OLIVEIRA, Maria Beatriz Moschkowich de. **Mulheres em viagens solo, uma trilha de experiências**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política e Sociologia – Sociedade, Estado e Política na América Latina) – Instituto Latino-Americano de Economia, Sociedade e Política, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, PR, 2022. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/7154/Mulheres%20em%20Viagens%20Solo%2C%20uma%20Trilha%20de%20Experi%C3%Aancias?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1º jun. 2023.

OLIVEIRA, Nelson. Arquitetura Hostil: a anatomia da cidade proibida. **Agência Senado**, [s. l.], 23 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/arquitetura-hostil-anatomia-da-cidade-proibida>. Acesso em: 1º jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1º jun. 2023.

PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

RELATÓRIO Global do UNIFEM aponta Lei Maria da Penha entre as três mais avançadas do mundo. GOV.BR, **Brasília**, 1º abr. 2009. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/area-imprensa/ultimas_noticias/2009/04/not_rel_glo_do_unifem_apo_lei_mar_pen_ent_tre_mai_ava_mun#:~:text=avan%C3%A7adas%20do%20mundo-,Relat%C3%B3rio%20Global%20do%20UNIFEM%20aponta%20Lei%20Maria%20da%20Penha%20entre,espa%C3%A7os%20de%20poder%20e%20decis%C3%A3o. Acesso em: 1º jun. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, [s. l.], n. 16, p. 115-136, 2001. Disponível em:

[https://ieg.ufsc.br/public/storage/articles/October2020/Pagu/2001 \(16\)/Saffioti.pdf](https://ieg.ufsc.br/public/storage/articles/October2020/Pagu/2001%20(16)/Saffioti.pdf). Acesso em: 1º jun. 2023.

SANTA CATARINA. Poder Judiciário. Comarca da Capital. 3ª. Vara Criminal. **Autos nº 0004733- 33.2019.8.24.0023**. Procedimento Ordinário. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina Réu: André de Camargo Aranha. Juiz de Direito: Rudson Marcos. Florianópolis, 9 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-mariana-ferrer-nao-basta.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2023.

SESSÃO Plenária - Repressão judicial à livre expressão/Crimes contra as mulheres. 22 maio 2024. **1 vídeo (4h9min)**. Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MUPKwA4M06U>. Acesso em: 16 jun. 2024.

SOLNIT, Rebecca. **A história do caminhar**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 512 p.

SOUSA, Marília de Oliveira de; SIRELLI, Paula Martins. Nem santa, nem pecadora: novas roupagens, velhas dicotomias na coisificação da mulher. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 132, p. 326-345, maio/ago. 2018.

SOUZA, Ludmilla. Mais de 18 milhões de mulheres sofreram violência em 2022. **Agência Brasil**, São Paulo, 2 mar. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-03/mais-de-18-milhoes-de-mulheres-sofreram-violencia-em-2022>. Acesso em: 1º jun. 2023.

TOTENS que ‘conversam’ com mulheres sozinhas em pontos de ônibus chegarão a três cidades. **Agência O Globo**, [s. l.], 13 jul.2023. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/ideias-de-negocios/noticia/2023/07/totens-que-conversam-com-mulheres-sozinhas-em-pontos-de-onibus-chegarao-a-tres-cidades.ghtml>. Acesso em: 14 jul. 2023.

VENTURA, Isabel. **Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual**. Lisboa: Tinta da China, 2018. 480 p.

WEYL, Luana Medeiros; PEREIRA, Diana Melo. O corpo é meu, a cidade é nossa. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; STEFANOVA, Bistra; FONSECA, Livia

Gimenes Dias da (Orgs). O Direito achado na rua: volume 5. Brasília: UnB: CEAD, 2015.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza:** como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Tradução: Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISCURSO, SEMIÓTICA, SEMÂNTICA E A “NATUREZA DAS COISAS”

Rodrigo Lobato Oliveira de Souza¹

Resumo

Os direitos fundamentais não são apenas palavras dispostas à livre interpretação. Antes, possuem dados normativos que não podem ser olvidados. Portanto, a aplicação de normas de direito fundamental exige um labor hermenêutico orientado para todos os dados fornecidos pelo sistema jurídico-constitucional. O presente artigo visa trazer alguns questionamentos acerca do processo de densificação de conteúdos das normas de direito fundamental, apontando, para tanto, a necessidade de se buscar um faseamento hermenêutico e pragmático mais aprofundado.

Palavras-chave: direitos fundamentais; interpretação constitucional; semântica e semiótica; jurisdição constitucional

Abstract

Fundamental rights are not just words open to free interpretation. Rather, fundamental rights encompass a myriad of normative data that should not be dismissed. Therefore, the adjudication of fundamental rights' norms must be properly oriented to consider all the data stemmed from the whole constitutional system. This article aims to raise some questions about the process of densifying the content of fundamental rights' norms, pointing out, to this end, the need to seek a more in-depth hermeneutic and pragmatic phasing.

Keywords: fundamental rights; constitutional interpretation; semantics and semiotics; constitutional jurisdiction

1 Prolegômenos

Em uma crônica aos direitos fundamentais, dir-se-ia que, no mundo dos fatos políticos e das variantes econômicas, as palavras constitucionais são tão curváveis quanto papel ao vento. Se a crônica fosse sobre os direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, poder-se-ia dizer que, naquele

¹ Doutorando em Direito (Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal), Pesquisador Colaborador do Centro de Investigação e Desenvolvimento da Universidade Autónoma de Lisboa (Ratio Legis), rodrigolbt.advogado@gmail.com.

mesmo cenário, a eloquência que se pretende normativa vê-se esvaziada no jogo de soma zero de uma dialógica institucional autorreferencial. E ainda, num ambiente global onde automatização e razão humana se relacionam de forma inversamente proporcional, o áureo múnus de interpretar e aplicar normas de direitos fundamentais corre o risco de ser objetificado à razão de *commodities* sujeitas à especulação de discursos engessados em suas próprias verdades.

Direitos fundamentais não são apenas palavras esculpidas em um artefato nomeado “Constituição”. E tal e qual palavras não se resumem a construtos da racionalidade humana, os direitos fundamentais também não. De fato, decorrem da razão humana, e por ela se desenvolvem, mas tal não implica reduzi-los à imagem de um produto de valor atribuído ao acaso de conjunturas políticas e/ou econômicas. Da mesma forma, é notório que os direitos fundamentais não se põem em movimento no mundo dos fatos sem que haja intervenção da racionalidade discursiva, como se pudessem atuar pelas mãos invisíveis da inteligência cósmica.

Neste sentido, para que os direitos subsistam, suas respectivas normas devem ser aplicadas, e onde há aplicação de normas há, necessariamente, ato de interpretação. Ou seja, aplicar normas é, na essência, um ato de interpretação, fato este incontestável (Bonavides, 2016, p. 448). E no que tange aos direitos fundamentais, operá-los implica o ato de interpretar normas constitucionais. Ao olhar desatento, por mais singela que possa aparentar tal tarefa, interpretar normas de direitos fundamentais não se resume a uma ação silogística ou a uma operação matemática orientada por uma cartilha de valores, fatores ou elementos numéricos, de resultado certo e conhecido. Antes, interpretar normas de direitos fundamentais requer, dentre outras variáveis, e para além de um olhar jurídico-constitucional enfocado, a necessidade de se reconhecer uma verdade insofismável, qual seja, a de que os direitos fundamentais se fundam sob uma natureza ontológica, de cuja essência se deduz uma axiologia própria e bastante em si, como um núcleo duro auto constitutivo. Portanto, por mais que a atividade interpretativa seja indispensável, tem-se por igualmente necessário – aliás, como ponto de partida da própria atividade hermenêutica – reconhecer que os direitos fundamentais, apesar de propriamente inanimados, possuem um devir próprio, cuja razão axiológica neles desenvolve uma força autopoiética irrefreável, desdobrando-se seus efeitos

sobre os mais diversos subsistemas sociais. Eis aí um dos pontos de problematização, posto que na adjudicação constitucional raramente se parte de tal pressuposto. Em grande parte, o ato de interpretar normas constitucionais tem como esboço, ponto de partida e limite ao processo hermenêutico, os dados literais da norma, pondo-se estes à sujeição das ocasionalidades fáticas.

No âmbito da teorética-dogmática jurídico-constitucional, notadamente no que concerne ao direito constitucional do pós-guerras, desenvolveu-se um número considerável de técnicas (princípios gerais e específicos) de interpretação voltadas para a aplicação de normas constitucionais, a exemplo dos princípios da unidade, da concordância prática, da supremacia, da razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 222). Em que pese a incontestável utilidade de tais instrumentais à execução da labor hermenêutico, e por conseguinte à aplicação de normas constitucionais, seu raio de ação é limitado, e muitas vezes restringido ou mesmo desconfigurado no processo de adjudicação constitucional. Não só se deixa de partir do necessário reconhecimento de que os direitos fundamentais (e suas normas) são elementos constituintes do próprio direito constitucional, e não o contrário (como se por ele constituídos fossem), portanto preexistentes à ordem constitucional como força ontológica *per se*, como também se permite que o respectivo processo hermenêutico se perca em padrões discursivos, automatizações decisórias, leviandades político-econômicas, e outras variantes exógenas que ao fim acabam por reduzir os direitos fundamentais a elementos residuais, programáveis e maleáveis, arrefecendo sua força normativa.

A título de exemplificação, veja-se o direito fundamental à liberdade de consciência e à liberdade religiosa (Art. 5º, IV, CRFB) (Brasil, 1988). À primeira leitura, e partindo-se dos dados literais constituintes dos respectivos suporte fáticos daqueles direitos fundamentais, busca-se proteger a “consciência livre” e o “livre exercício religioso”. Entretanto, em momento algum aponta a literalidade daqueles suportes normativos o significado de “consciência” e “religião”. Assim, aplicar as normas daqueles direitos fundamentais exigiria que aplicador/intérprete perquirisse, aprioristicamente, o que vem a ser “consciência” e “religião”, dados semânticos esses que não são encontrados na densificação normativa *a posteriori*. Ainda que comumente se entenda que o ato de interpretar uma dada norma implique, essencialmente, na (re)cons-

trução (atribuição) de seu significado ou sentido, não se pode olvidar que os dados inseridos no programa da norma (Müller, 2005) são reconhecidos pelo direito constitucional, e não por ele engendrados, construídos ou atribuídos. No que tange ao significante “religião”, o Cristianismo, o Islamismo, o Judaísmo, dentre tantas outras confissões religiosas, conheceram a luz dos fatos muito antes da força das normas, de forma que uma dada prática religiosa não tem o sentido atribuído pelo direito constitucional, cabendo a este tão somente reconhecer o que um já existente subsistema social (comunidade de crenças religiosas) havia conferido como sentido ou significado.

Nessa toada, no julgamento da ADI 4439 (Brasil, 2017), por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar constitucional o ensino religioso nas escolas públicas de caráter confessional, parece não ter questionado, com a profundidade devida, os dados de significado integrados aos significantes “religião” e “confissão religiosa”, atendo-se tão somente a um bloco de dados correspondentes a maiorias religiosas conjunturais. Ou seja, reconhecer as doutrinas cristã, judaica e islâmica, como objeto do ensino confessional nas escolas públicas pode parecer confortável do ponto de vista político da jurisdição constitucional, mas será que a norma declarada constitucional ainda teria força de operação caso o ensino perquirido fosse relativo a doutrinas de matriz africana ou de ordem budista? Seria o ensino levado a cabo por alunos praticantes do zoroastrismo? E a consciência filosófica, que a despeito de não religiosa, é igualmente livre? Seria constitucional o ensino de filosofias esotéricas nas escolas públicas? Conseguiríamos imaginar uma aula em escola pública voltada para a leitura do *Caibalion*²? Ter-se-ia por factível o ensino das teorias acerca do *design* inteligente? E se as doutrinas da Igreja da Cientologia ganhassem repercussão em território nacional? Poderiam as mesmas ser objeto de estudo nas escolas públicas? Crê-se que não.

Da mesma forma, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB) (Brasil, 1988), e consequentemente, sua dimensão subjetiva público-individual, operando como caríssimo direito fundamental, exige do intérprete a busca pelos contornos semânticos do significante “dignidade humana”, dados esses que não se encontram nem no programa normativo,

2 Escrito por William Walker Atkinson nas primeiras décadas do Século XX, é considerado um verdadeiro manual do esoterismo, notadamente por discutir os princípios fundamentais que considerava constituintes do Universo e da consciência universal.

nem em posteriores desenvolvimentos normativos. Antes, trata a norma constitucional de valor apriorístico e de inefável força ontológica, cujos elementos semânticos são preexistentes ao próprio direito constitucional, dos quais não deve o intérprete descurar. A “dignidade” diz respeito à própria constituição humana, à existência do homem como ser livre, racional e autodeterminante (Mirandola, 2018, p. 57). Portanto, é apriorístico que se interprete a norma constitucional de forma que todo e qualquer sentido que se lhe reconheça atue proativamente a dar guarida à liberdade, racionalidade e autodeterminação humanas. Porém, à guisa de incontáveis experiências com a pobreza e violência sociais, como se poderia compreender como adequadamente operada a interpretação/aplicação de tão caro valor constitucional? Dignidade não é apenas uma palavra ou grito de reconhecimento político-constitucional.

Nessa toada, o julgamento da ADPF 347 (Brasil, 2023), em que se reconheceu um “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional pátrio, a despeito de ter atingido um certo avanço no que concerne ao desenvolvimento do direito constitucional objetivo, deixou o Tribunal de adentrar em um adequado e necessário processo de densificação hermenêutico no que concerne ao significante “dignidade humana”, vinculando-o tão somente a um padrão semântico expresso pelo símbolo “mínimo existencial”. Consequentemente, poder-se-ia questionar se a simples declaração de um “estado de coisas inconstitucional” é suficiente à proteção da “dignidade humana” como bem jurídico-constitucional e valor ápice da democracia constitucional, bem como se a decisão tomada incorreu em insuficiência protetiva³, dada a obrigatoriedade (dever de proteção estatal) do próprio Poder Público tomar medidas ativas na matéria. Ainda, questionar-se-ia se a exigência padronizada de proteção ao mínimo existencial, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana, não acabaria ao final por ser obstada pelo contrapeso do significante “reserva do possível”, reduzindo o raio normativo daquele bem jurídico-constitucional ao invés de reforçá-lo.

3 Faz-se aqui referência à vedação da proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), dimensão institucional do dever de proporcionalidade, através da qual se afere o nível de inconstitucionalidade de uma medida estatal em razão do respectivo parâmetro de obrigatoriedade de proteção-intervenção do Poder Público face a determinados direitos fundamentais que suscitam uma atuação objetiva.

Direitos fundamentais são símbolos, complexos semânticos e complexos discursivos. Entre Constituição e Democracia, são os direitos fundamentais o núcleo de força responsável pelo balanceamento da entropia resultante das relações norma-fato, Direito-Sociedade e Direito-Política. Assim, não podem os direitos fundamentais quedar objeto de processos hermenêuticos que meramente criativos ou atributivos, como se buscassem definir o alcance semântico dos dados normativos *ex nihilo*. Estruturados como um complexo axiológico, operar direitos fundamentais requer a execução de um labor hermenêutico em três níveis: primeiro, semiótico, reconhecendo-os como símbolos normativos; segundo, semântico, reconhecendo em cada direito fundamental a existência de um sentido/significado irreduzível; e terceiro, discursivo, pelo que se deve percebê-los como processos dialógicos de desenvolvimento social.

2 Direitos fundamentais não são apenas direitos fundamentais: endo-axiologia e exo-axiologia

Ao contrário do que se poderia afirmar em tempos juspositivistas, os direitos fundamentais não são apenas direitos, como se bastasse a existência de um suporte fático-normativo e uma ocorrência fática a fim de que uma dada sanção, como elemento vinculante à obrigatoriedade da norma, pusesse a realidade a se curvar. De igual maneira, não são os direitos fundamentais, como se pretendia ao final do liberalismo clássico, uma cartilha de simples *non facere*, e muito menos meras recomendações de ordem política, reduzidos a metas, programas ou sonhos para um futuro longínquo. Fosse assim, carecia de motivos para que se falasse em força normativa da Constituição (Hesse, 1991), e por conseguinte, na força normativa dos direitos fundamentais.

Num primeiro ponto de compreensão, tem-se por indispensável reconhecer que os direitos fundamentais são normas jurídicas propriamente ditas (Luño, 2013), ou seja, reconhece-se a plena exigibilidade jurídico-fática de faculdades de ação e de omissão que se têm por fundamentais à existência humana e ao convívio em sociedade. Assim, a presença constitucional de direitos fundamentais diz respeito à sua existência como elementos normativos *per se*, incondicionados a qualquer elemento ou fato exógeno, e portanto

plenamente operáveis por força da aplicação/interpretação no processo de adjudicação constitucional.

Em um segundo plano de compreensão, que surge em razão da singularidade da arquitetura e composição de natureza jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, estes perfazem normas constitucionais *sui generis*, posto operarem como verdadeiros receptáculos axiológicos, pelos quais se passa a irrigar todo o sistema jurídico-constitucional, e por conseguinte todos os demais subsistemas sociais, com valores dos mais diversos matizes, a exemplo de conteúdos axiológico-culturais, literários, artísticos, dentre outros (Häberle, 1982). Portanto, surgem os direitos fundamentais como um eixo concreto de valores, razão pela qual se os tem por elementos fundadores de uma “ordem objetiva de valores” (*objektive Wertsordnung*)⁴ (Hesse, 1999).

Daí deduz-se que reconhecer a liberdade de expressão como inviolável é afirmar que a “expressão” é um valor⁵ *per se*, indispensável à manutenção da ordem democrática; reconhecer que a liberdade artística é inviolável é afirmar que a “arte” é um valor *per se*, necessário ao desenvolvimento da liberdade de espírito, da moral, da ética e da personalidade individual e coletiva; reconhecer que a inviolabilidade da liberdade religiosa é afirmar que a “religião” como fator social é um valor *per se*, relevante ao desenvolvimento da espiritualidade humana; e reconhecer que a liberdade científica é inviolável é assentar que a “ciência” é um valor *per se*, caro e indispensável ao desenvolvimento da pessoa, das comunidades, da sociedade e da democracia.

Ainda, como receptáculos axiológicos, os significantes integrantes das normas de direito fundamental não se fecham a valores pré-determinados, como se “expressão”, “arte”, “religião”, “consciência” e “ciência”, dentre outros, estivessem voltados, na clausura da literalidade, a um determinado tipo de conteúdo valorativo. Pelo contrário, como fundantes de uma ordem de valores, funcionam os direitos fundamentais como portas de entrada a diversos influxos axiológicos, tornando aqueles significantes permeáveis à influência de distintos matizes valorativos, notadamente para fins de justificação e pro-

4 Recorde-se a *Lüth Urteil* proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1951 (BVerfGE 7, 198), reconhecendo o catálogo de direitos fundamentais da *Grundgesetz* como elementos integrantes de uma ordem objetiva de valores.

5 Para os fins do presente trabalho, “valor” é tomado em acepção ampla, referindo-se a todo elemento que corporifique um potencial, capacidade ou poder de influência.

teção do regime democrático. Nessa linha, a ordem constitucional permanece aberta, ao menos numa primeira fase de recepção⁶, a todo e qualquer tipo de expressão, arte, religião, consciência e abordagem científica. A tanto, acresça-se o fato de que, não obstante reconhecido como “ordem de valores”, o complexo de direitos fundamentais, na abertura axiológica que lhe deve ser natural, não se permite colocar em qualquer processo de hierarquização ou escalonamento, motivo pelo qual o livre embate de valores, bens e interesses jurídico-constitucional protegidos por direitos fundamentais se sujeita a um processo de aquilatação pela via do postulado da concordância prática, operando-se aí o mecanismo da ponderação no cumprimento do dever de proporcionalidade. Contudo, apesar de não sujeitos a escalonamento ou hierarquização, surge a questão de como se dá o conhecimento do fluxo de carga axiológica de cada direito fundamental, ou seja, a busca pelo conteúdo valorativo que os significantes das normas de direito fundamental buscam integrar, tarefa esta que se concretiza pelo labor hermenêutico.

A princípio, poder-se-ia pensar que o influxo axiológico se daria tão somente pela via externa, ou seja, como se pelo fato de serem receptáculos serviriam apenas à tarefa de recepção de elementos valorativos externos, moldando-se frente a influência de elementos exógenos. Assim, no que se refere ao direito fundamental à liberdade religiosa, o significativo “religião” albergaria toda e qualquer – com a ressalva de que a abertura constitucional se dá de forma

⁶ Fala-se em uma primeira fase de recepção pelo fato de que, em sendo adequado, necessário e proporcional, a ordem constitucional pode acionar mecanismos de filtragem e defesa frente aos valores liminarmente recepcionados, posto que, a despeito de se fazer aberta a valores de distintos matizes, não pode se permitir sucumbir a desígnios externos de desintegração, a exemplo de tentativas ablativas de enclausuramento da ordem constitucional, como discursos políticos discriminatórios e extremistas, barreiras tais que se ativam no contexto dos mecanismos da democracia defensiva. Ainda assim, em razão da ampla abertura axiológica da ordem constitucional, tais mecanismos de defesa somente são postos em ação quando concretamente comprovada a sua indispensabilidade. A título de exemplo, veja-se o caso do processo de proibição de partidos políticos encetado contra o Partido Nacional-Democrático (NPD – *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), onde o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) deixou de acatar o pedido por reconhecer que, a despeito do discurso potencialmente ablativo daquele partido de extrema-direita, não havia comprovação de indícios concretos de que a legenda assumiria instâncias do poder público. Na ocasião, em 2017, (BVerfGE 144, 20), o Tribunal entendeu que não havia razão concreta para vedar aquela expressão político-partidária, em especial face à ordem aberta e receptiva de valores fundada pelos direitos fundamentais da *Grundgesetz*.

liminar – expressão religiosa que se desenvolvesse na realidade fática, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador da norma constitucional re(conhecer) os fator e fatores de caráter religioso existentes na sociedade. Entretanto, tão relevante quanto, é a necessidade de se fazer conhecer os influxos axiológicos internos ou propriamente ditos, aqueles elementos valorativos presente *per se* nos significantes das normas de direito fundamental. Seguindo a linha do exemplo relativo ao direito fundamental à liberdade religiosa, dever-se-á perscrutar quais os elementos valorativos que influenciam o significativo “religião” (e “consciência, no que tange à liberdade de consciência) de forma endógena, ou seja, aqueles elementos e fatores que conformam o sentido de “religião” por dentro do próprio termo. Trata-se da necessidade de distinção entre **exo-axiologia** e **endo-axiologia**.

No âmbito da exo-axiologia, o espectro de valores é largamente concebido pela influência direta de elementos e fatores exógenos ao significativo-receptáculo. Busca-se compreender os valores a partir de uma dimensão externa ao significativo valorado, permitindo-se, assim, a integração de *topoi* conexos ao receptáculo, mas externos à sua existência *per se*. A título de exemplo, com referência ao direito fundamental à liberdade de consciência, o significativo “consciência”, pela dimensão valorativa externa (exo-axiologia), integraria ao âmbito de proteção daquele direito, todos os dados axiológicos externos, ou seja, configurados por fatos, fatores e prognoses diretamente relacionadas àquele. Assim, o significativo “consciência” atrairia para o âmbito de proteção do direito, significados (valores) como “justo” e “injusto”, “bom” e “ruim”, competindo a cada qual, no exercício da sua própria “consciência”, qualificar e valorar a realidade fática como bem lhe aprouver. Portanto, naquilo que se convencionou chamar “escusa de consciência”, faculdade que decorre diretamente do exercício do direito fundamental à liberdade de consciência (Mendes; Branco 2012), a inserção de valores exógenos, admite a proteção de juízos pessoais sobre “justo” e “injusto”, “bom” e “ruim”, podendo determinado indivíduo recusar-se à prestação de serviço militar por considerar que o manejo de armamento fere a sua “consciência” ao valorar o ato como “injusto”, “desmedido”, “violento” ou “moralmente desnecessário”.

De outra banda, no contexto da endo-axiologia, o conteúdo valorativo abarcado pelos significantes presentes nas normas de direito fundamental é configurado por um processo gnosiológico interno, onde se busca conhecer

valores extraídos diretamente do espectro de significados-nuclear do significante valorado. Trata-se de reconhecer a dimensão axiológica interna. Nessa linha, busca-se compreender quais valores decorrem diretamente da essência do significante, sem os quais a sua existência se tornaria impossível. No que tange ao direito fundamental à liberdade de expressão, por exemplo, a dimensão axiológica interna do significante “expressão” conduz, necessariamente, ao âmbito de proteção daquele direito, todos os elementos e fatores que na essência se direcionam à manifestação de um posicionamento, juízo, opinião ou veiculação de mensagem. Por exemplo, uma ação ou omissão em que se veicule um ato de comunicação constituirá um elemento expressivo pelo fato de a manifestação ser uma “expressão” *per se*, valor integrante da dimensão axiológica interna daquele significante. No contexto do direito fundamental à liberdade artística, a dimensão axiológica interna do significante “arte” atrai para o âmbito de proteção daquele direito, todo significante que decorre diretamente da razão criativa ou do “fenômeno criativo” (Isrow, 2017). Assim, aquilo que for produto de um processo criativo pode (e deve) integrar o espectro valorativo do significante “arte”. Neste ponto, da dimensão axiológica interna (endo-axiologia), é necessário reconhecer que toda norma de direito fundamental é detentora de um conteúdo axiológico irreduzível que deve conduzir o intérprete/aplicador no labor hermenêutico de atribuição/ (re)construção de sentido.

Desta feita, os direitos fundamentais, como elementos constitutivos de uma ordem objetiva de valores, devem ter ambas as dimensões axiológicas dos significantes de suas respectivas normas devidamente aquilatadas. Para tanto, torna-se imprescindível que a operação de normas de direito fundamental se dê, aprioristicamente, pela atuação conjunta das dimensões interna e externa dos valores, notadamente através de um processo gnosiológico que busque trazer à baila os significados (dados) internos e externos dos elementos semióticos das normas de direito fundamental. Assim, na operação das normas de direito fundamental decorrentes do direito fundamental à liberdade de expressão, há de se questionar quais dados axiológicos são fornecidos pela dimensão interna e quais decorrentes da dimensão externa. Pela perspectiva interna, o significante “expressão” abarca, *per se*, todo elemento de manifestação ou externalização de mensagem ou comunicação, e pela perspectiva externa, todo conteúdo expressivo, ou seja, a mensagem em si, deve integrar

o âmbito de proteção daquele direito. Neste passo, busca-se equalizar ambas as dimensões de forma que o labor hermenêutico, na operação de normas de direito fundamental, não acabe por se quedar reduzidas a um padrão discursivo produto de um questionamento geral centrado num binômio “expressão” / “não expressão”, “arte” / “não arte”, “religião” / “não religião”.

Entretanto, tal distinção traduz tão somente uma fase gnosiológica do labor hermenêutico a fim de que se dê a conhecer todo o conteúdo *a priori* do âmbito de proteção de um dado direito fundamental (Borowski, 2018, p. 66), notadamente naquilo que tange ao que Alexy (2015) compreende como ação ou omissão que pode ser materialmente reconduzida ao âmbito de proteção de um direito fundamental. Na execução de tal labor hermenêutico, torna-se indispensável proceder a uma análise trifásica dos direitos fundamentais: primeiro, ao nível semiótico, deve-se observar quais símbolos estão presentes no respectivo suporte fático; segundo, ao nível semântico, a paleta de significados que se deduz do suporte fático e das respectivas normas; e terceiro, ao nível discursivo, quais *topoi* integram o suporte fático e as respectivas normas.

3 Labor hermenêutico em camadas

3.1 Nível semiótico

Ao nível semiótico, os direitos fundamentais podem (e devem) ser percebidos como símbolos constituintes da ordem objetiva de valores. Assim, há de se questionar o que um dado símbolo quer apontar no todo da arquitetura constitucional, e da mesma forma, o que se pode inferir de um dado símbolo no que tange ao âmbito de proteção de um direito fundamental.

Em si, as Constituições, em especial as de regime democrático, carregam uma simbologia própria, cuja linguagem diz respeito a “liberdades”, “direitos”, “limites”, “poder”, “nação”, “povo”, dentre outros⁷. E símbolos, como cediço, transmitem uma mensagem, um significado, uma manifestação valorativa (O’Halloran, 2022, p. 174), por isso a relevância de se compreender as normas constitucionais, notadamente as normas de direito fundamental como

⁷ Neste sentido, alguns autores fazem referência a um modelo global de linguagem jurídico constitucional (Law; Versteeg, 2011).

símbolos ou caracteres especiais. A relevância da semiótica jurídico- constitucional presente no complexo de direitos fundamentais está na capacidade normativa *per se* que se expressa em cada símbolo.

A título de exemplo, a proteção conferida aos direitos fundamentais à liberdade de expressão, à liberdade de consciência, à liberdade religiosa e à liberdade artística, surge como uma mensagem institucional de ampla integração social, legitimando cada sujeito de direito fundamental como igual detentor do poder público. Assim, interpretar e aplicar normas de direito fundamental requer, ao nível semiótico, que se perscrute quais dados estruturais da norma (suporte fático e programa da norma) devem, desde o princípio, guiar e orientar o intérprete na atribuição/(re)construção do respectivo sentido. Assim, a proteção constitucional conferida à “arte” denota a presença de um símbolo que busca a inserção e legitimação de todo e qualquer subsistema social relativo à expressão criativa, seja no âmbito das atividades de pintura, de escultura, de fundição artística, literária, dentre tantas outras formas (Müller, 2016). Da mesma forma, a “liberdade” como símbolo na comunidade constitucional-democrática visa a assunção de uma mensagem de não intervenção como regra, onde as ações do poder público devem se voltar à proteção de um crescente espaço de autodeterminação individual e coletiva (Schachtschneider, 2007, p. 277).

3.2 Nível semântico

Ao nível semântico, os direitos fundamentais encerram, em seus respectivos significantes, uma plethora de significados possíveis que devem ser aferidos à luz não só do próprio sistema jurídico- constitucional, mas principalmente de forma a extrair o sentido ótimo a salvaguardar a essência de todos os bens, valores e interesses constitucionalmente protegidos. Naturalmente, ao menos no que se refere às Constituições democráticas, os direitos fundamentais apresentam uma abertura semântica que permite a extração de uma pluralidade de significados dos respectivos dados semióticos. Neste sentido, a aplicação das normas de direito fundamental requer um labor de investigação sobre o raio semântico, a fim de que se busque extrair o resultado mais otimizado possível.

Como exemplo, na decisão tomada no âmbito da ADI 3510 (Brasil, 2008), à guisa da proteção constitucional conferida à liberdade científica, buscou

o STF conferir resultado ótimo à interpretação do significante “embrião” e “dignidade”, afastando, na hipótese, qualquer elemento que suportasse a existência de vida cientificamente comprovada aquando da situação *in vitro*, com a finalidade de, assim, dar guarida à necessidade de desenvolvimento a outros direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, a exemplo do direito à saúde. Assim, ao nível semântico do labor hermenêutico na operação de normas de direito fundamental, torna-se imprescindível que os respectivos significantes funcionem como receptáculos plurisemânticos.

3.3 Nível discursivo

Ao nível discursivo, os direitos fundamentais carregam uma variedade de *topoi* estruturantes de processos argumentativos que visam construir o faseamento aplicativo/hermenêutico das normas de direito fundamental. Na essência, a ordem objetiva de valores formada pelo complexo de direitos fundamentais se apresenta como um discurso constitucional em bloco, cuja mensagem é direcionada a todos que a vivenciam, apresentando-se a ordem constitucional como um “processo público” verdadeiramente vivo (Häberle, 2008). Por exemplo, a presença constitucional das liberdades de expressão e religiosa enceta e abre um discurso democrático sobre a recepção de toda e qualquer confissão religiosa, de toda e qualquer expressão, religiosa ou não, engendrando um ambiente geral de integração sócio-política, desenvolvida por um discurso constitucional de amplitude axiológica que busca abarcar e proteger todas as dimensões da vida em sociedade.

Nessa toada, a abertura semiótica e semântica das normas de direito fundamental exige que o labor hermenêutico não se quede restrito aos ditos legitimados institucionais (tribunais, operadores do direito em geral), mas antes seja ampliado a todos os participantes do processo público que é a ordem constitucional (Häberle, 1982), razão pela qual se tornam relevantes os institutos que visam a democratização do processo de adjudicação constitucional, a exemplo da participação do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, em especial naquelas ordens constitucionais que dispõem instrumentos de acesso direto à jurisdição constitucional, como o recurso de amparo/reclamação constitucional. Ainda, não se pode olvidar que o labor hermenêutico na aplicação dos direitos fundamentais requer um desenvolvimento dialógico interinstitucional, tornando-se relevante o diálogo

entre Tribunais Constitucionais, juízes constitucionais de distintos órgãos, e a referência cruzada entre decisões de Tribunais estrangeiros, a exemplo do diálogo existente entre diferentes instâncias de interpretação e aplicação dos direitos humanos, fenômeno conhecido como “transconstitucionalismo” (Neves, 2014, p. 208).

4 A “natureza das coisas” e homeostase constitucional na “Constituição do Meio”

Tendo em vista todo o (complexo) processo de laboração hermenêutica para a operação de normas de direito fundamental, há de se questionar acerca da possibilidade de risco para a própria concretização dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere a um certo espectro de subjetividade na aquilatação daquele faseamento aplicativo. De fato, na distinção entre axiologia interna (endo-axiologia) e externa (exo-axiologia) dos significantes das normas de direito fundamental, e na observação dos respectivos níveis semiótico, semântico e discursivo, há sempre o risco de que o intérprete perca o desenvolvimento hermenêutico em subjetividades que podem conduzir o raio de ação de um dado direito fundamental a um mínimo ou mesmo à sua própria nulificação.

Por um lado, evitar por completo a incidência de subjetividades é tarefa quase impossível, posto que o desenvolvimento das normas de direito fundamental não dispensa a intervenção humana. Conquanto, é possível reduzir o risco através do reconhecimento de um limite constitucional intransponível, qual seja, o postulado formal de que a ordem constitucional, na esteira da “natureza das coisas”, busca sempre um estado de homeostase (Billman, 2020), ou seja, o sistema jurídico-constitucional, notadamente a ordem objetiva de valores encetada pelo complexo de direitos fundamentais, visa, essencialmente, a busca pelo equilíbrio de forças. Portanto, qualquer operação jurídico-constitucional tende a ativação de elementos que tem por objetivo o balanceamento de atos, fatos e normas, uma verdadeira equalização entre “ser” e “dever-ser” (Souza, 2018, p. 190). Dois são os *topoi* que contribuem para o natural espírito de equilíbrio do sistema jurídico-constitucional: primeiro, **“a natureza das coisas”**; e segundo, a **“Constituição do Meio”**.

O argumento da “natureza das coisas” (*die Natur der Sache*), fórmula de cunho histórico-filosófico há muito utilizada na prática discursiva do Direito

e da Filosofia (Anter, 2004, p. 278), tem por objetivo a defesa de um “estado natural” ou “ordem natural” de coisas, no sentido de se reconhecer que a entropia de um sistema, ainda que na presença lacunas normativas, tende a entrar em ressonância com a natural vibração dos respectivos fundamentos ontológicos do sistema. Ou seja, no contexto da operação das normas de direito fundamental, buscará sempre a ordem constitucional o equilíbrio de forças pela vinculação à exigência de racionalidade argumentativa e ordenação lógica de sentidos. Neste passo, poder-se-ia apontar, como um dos postulados formais decorrentes da aplicação da fórmula da “natureza das coisas”, a aquilatação de conteúdos de normas de direitos fundamental mediante a ampla presunção de liberdade (*in dubio pro libertate*), afastando-se qualquer operação interpretativa que afete desproporcionadamente o raio de ação de um dado direito fundamental. Em termos objetivos, a fórmula da “natureza das coisas” exige que o labor hermenêutico na operação das normas de direito fundamental busque uma racionalidade estabilizadora, sem a qual transformaria o exercício daqueles em uma atividade de priorização casuística e meramente ocasional.

Quanto ao segundo *topos*, a concepção da “Constituição do Meio” (*Die Verfassung der Mitte*), deve o sistema jurídico-constitucional servir como uma genuína “instância de inteligência prática” (Voßkuhle, 2015, p. 24) no sentido de fazer equilibrar pesos e contrapesos no multifacetado fluxo de direitos, bens, valores e interesses manifestados não só no seio do ordenamento, mas também partilhados no processo público e vivo da sociedade. De acordo com Voßkuhle (2015, p. 45), um dos mecanismos mais eficientes na operacionalização do “meio-ótimo constitucional” está presente na capacidade de otimização do princípio da proporcionalidade, notadamente para os fins de aquilatação de direitos fundamentais. Através do princípio da proporcionalidade, as distintas pretensões jurídico-fundamentais ganham razões sistemáticas de sopesamento voltadas ao apaziguamento racional, fornecendo dados que, após o balanceamento, legitimam a preferência tópica de um dado direito, bem, valor ou interesse, sem que isto implique na desvalorização do seu contraposto, legitimando a todos como integrante das comunidade constitucional-democrática.

Ainda, contribuindo para o atingimento da homeostase constitucional, não se pode olvidar a função de equilíbrio (e limite) operada pela garantia

do conteúdo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) dos direitos fundamentais⁸, notadamente na perspectiva institucional⁹ (Drews, 2005). No pensamento da “essência” (*Kern*), o estado de homeostase é atingido por um estado mínimo de convivência harmônica entre o conteúdo essencial dos respectivos direitos fundamentais abarcados pela ordem constitucional (Schneider, 1983). Sem a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a operação das respectivas normas engendra o risco de niilificação, onde a opção por uma dada justificação moral no desacordo racional de posições opostas pode desaguar em um periclitante processo de extinção de direitos. Desta feita, é pela operação conjunta dos postulados formais da “natureza das coisas” e do “meio constitucional” que se coloca o resultado do faseamento hermenêutico (processo gnosiológico semiótico, semântico e discursivo) sob prova, evitando-se, assim, que a amplitude protetiva se transforme em um eterno embate entre posições moralmente justificáveis, mas normativamente contraditórias.

5 O papel da jurisdição constitucional

Comumente, diz-se que a jurisdição constitucional, em especial naquilo que concerne ao processo de adjudicação das normas de direito fundamental, tende a exercer um papel contramajoritário (Barroso, 2015) no balanceamento das forças conjunturais confluentes no contexto democrático. Nessa linha, serviriam os direitos fundamentais como um mecanismo de contrapeso nas mãos das minorias em face de possíveis intentos ablativos da força das maiorias conjunturais, cabendo então à jurisdição constitucional operar como um canal protetor daquelas. Em essência, a ideia contramajoritária acaba por transformar a jurisdição constitucional em uma espécie de porta-voz das

8 Para um melhor aprofundamento acerca dos elementos estruturantes da referida garantia, benfazeja a referência à nossa defesa quanto à força operacional deste caríssimo instrumento de proteção para a construção de uma verdadeira Teoria da Gravitação Quântica dos Direitos Fundamentais (Souza, 2024).

9 Em síntese, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais possui três dimensões de proteção: subjetiva, objetiva e institucional. Para os fins do presente trabalho, faz-se menção apenas à dimensão institucional, pela qual se veda, na tarefa de aquilatação de pretensões jusfundamentais, a restrição ou intervenção restritiva que reduza o âmbito de proteção de um dado direito fundamental a uma razão mínima (ou nula) que impeça o próprio exercício do direito. Para os fins de proteção institucional da garantia, o labor legislativo de densificação e desenvolvimento de direitos fundamentais não pode servir à aniquilação destes.

minorias sócio-políticas, como se os direitos fundamentais se restringissem a uma função de retorno ao *status quo ante* frente a atitudes das majorias ocasionais.

O papel da jurisdição constitucional se encontra muito além da mera função de “dizer” o direito constitucional, ou mesmo servir como braço de reforço para as minorias sócio-políticas, pois tal seria afirmar que o papel dos direitos fundamentais se encontra reduzido a conferir guarida ao um estado de *non facere*, cabendo aos órgãos da jurisdição constitucional tão somente fazer com que vedações sejam cumpridas. Tal visão, na verdade, se restringe a um papel passivo dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional. A adjudicação constitucional das normas de direito fundamental, a despeito da importância contramajoritária em dadas ocasiões, a ela não se limita. Ao fundo, compete à jurisdição constitucional desenvolver constante o direito constitucional ao longo do espectro espaço-tempo, balanceando o nível de entropia do próprio sistema, e assim legitimando, democraticamente, não só minorias, mas todos os subsistemas sociais. Fosse o contrário, reduzir-se-ia a jurisdição constitucional a uma tarefa meramente tecnocrática, onde apenas os ditos órgãos funcionalmente legitimados seriam formal e materialmente competentes a dizer o que direito constitucional e direitos fundamentais são.

Os direitos fundamentais, notadamente à guisa do labor hermenêutico trifásico (semiótico, semântico e discursivo) que se exige na operação de suas normas, deve cooperar para o constante alargamento de um processo de integração sócio-política, competindo aos órgãos da jurisdição constitucional, e igualmente a todos os participantes do processo público que é a democracia constitucional, o desenvolvimento dialógico daqueles. Assim, operar (interpretar/aplicar) normas de direito fundamental requer um trabalho multifacetado e plural, onde todos os símbolos, elementos semânticos e discursos devem buscar a ampliação e evolução do direito constitucional objetivo. Partindo de tal premissa, pode-se afirmar que, no que concerne à operação das normas de direito fundamental, o processo de adjudicação constitucional deve se dar pelo seguinte faseamento bifásico.

Primeiro, numa instância interpretativa, todos os participantes do processo público que é a ordem constitucional democrática, portanto, não só os órgãos da jurisdição constitucional, mas todos os subsistemas sociais subjacentes à comunidade sócio-política (a exemplo de associações, fundações, *think tanks*,

confissões religiosas, grupos comunitários, ONG's, dentre outros), devem tomar parte no labor interpretativo de atribuição/(re)construção dos sentidos das normas de direito fundamental. Nessa tarefa, perscrutar os elementos de conteúdo integrantes do âmbito de proteção (*a priori*) das normas de direito fundamental exige uma pré-compreensão sobre os dados semióticos, semânticos e discursivos presentes nos respectivos suportes fáticos. Assim, por exemplo, buscar-se-á, ao nível ontológico (aqui se utilizando da necessária distinção entre endo e exo-axiologia), conhecer os valores albergados pela “dignidade humana”, pela “liberdade de expressão”, pela liberdade de consciência”, pela “liberdade religiosa”, pela “liberdade artística”, dentre outras caríssimas à autodeterminação individual e coletiva.

Segundo, numa instância mais pragmática, devem buscar os participantes da jurisdição constitucional atuar dentro dos parâmetros de equilíbrio do direito constitucional, quais sejam, pela aplicação das fórmulas da “natureza das coisas” e do “meio constitucional”. Aqui, aqueles elementos de conteúdo aprioristicamente protegidos devem ser confrontados para com os referidos *topos*, de forma a se dar a conhecer a extensão razoável de cada pretensão jusfundamental. Portanto, quando em consideração o significante “dignidade humana”, buscar-se-á questionar se todos os possíveis conteúdos protegidos, aquando de sua respectiva operação normativa, respeitam a normalidade e racionalidade da ordem constitucional, cumprem com as exigências do dever de proporcionalidade e não ferem o conteúdo essencial de direitos fundamentais conflitantes (em rota de colisão tópica).

De ordem prática, um típico exemplo diz respeito ao exercício dos direitos fundamentais à vida, à liberdade religiosa, e ao valor da dignidade humana. Na imbricação de distintas pretensões jusfundamentais decorrente de tais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, o que se esperar do papel da jurisdição constitucional no confronto do problema da necessidade de transfusão de sangue em procedimentos médico-cirúrgicos em pacientes que professam a fé e doutrinas integrantes do movimento religioso conhecido como “Testemunhas de Jeová”?

De um lado, a necessidade de transfusão se adequa à proteção do direito à vida, enquanto de outro, a realização daquele procedimento afeta a consciência religiosa. Ao que parece, a preferência por qualquer das pretensões jusfundamentais acaba por afetar alguma justificação moral. Enquanto pro-

teger o direito à vida e à saúde parece implicar a afetação da consciência e autodeterminação religiosas, proteger a consciência a fé implica em grave afetação àqueles direitos, principalmente quando o risco de sua própria aniquilação (risco de morte). No faseamento interpretativo, qualquer uma das pretensões jusfundamentais (proteger o direito à vida, à saúde, à liberdade religiosa e o valor da dignidade humana) integra o conteúdo *a priori* das respectivas normas de direito fundamental. Conquanto, no faseamento pragmático, parece que as fórmulas da “natureza das coisas” (normalidade constitucional) e “meio constitucional”, que buscam impedir a aniquilação normativa, apontam que na escolha de um dos lados, o outro será não apenas afetado, mas essencialmente aniquilado. Não se trata aqui de uma escolha moral (apesar do evidente descordo moral), mas antes de um verdadeiro labor hermenêutico e prático de operação de normas de direito fundamental, competindo, portanto, à jurisdição constitucional atuar não só de maneira a equilibrar maiorias e minorias, mas antes legitimar todos os subsistemas sociais até o nível ótimo e possível de amplitude axiológica. Assim, mais do que contramajoritário, o papel da jurisdição constitucional deve ser dialógico, integrador e democrático.

Conclusão

Primeiro, deve-se partir da premissa de que direitos fundamentais não são apenas palavras sujeitas a um processo exógeno de densificação, por meio do qual competiria aos órgãos da jurisdição constitucional tão somente uma tarefa criativa de atribuição de conteúdo e de (re)construção de sentido. Direitos fundamentais se apresentam, simultaneamente, dadores e receptores de conteúdo informativo-normativo.

Segundo, os direitos fundamentais fundam uma ordem (objetiva) de valores, cujos dados inseridos nas respectivas normas devem ser considerados, elementos estes de conteúdo que carecem de um labor hermenêutico para o deslinde do processo de densificação. Neste ponto, o processo gnosiológico da axiologia dos direitos fundamentais deve se guiar em duas direções, de dentro para fora (endo-axiologia) e de fora para dentro (exo-axiologia).

Terceiro, na execução do labor hermenêutico, há de se considerar um process trifásico de (re)construção de sentido, partindo-se dos dados semióticos

(direitos fundamentais como símbolos), semânticos (direitos fundamentais como significantes) e dados discursivos (direitos fundamentais como processo dialógico), a fim de que se atinja um nível ótimo de enquadramento dos elementos integrantes do conteúdo aprioristicamente protegido.

Quarto, atuando como função de estabilização e limite, as fórmulas da “natureza das coisas” e da “Constituição do Meio” buscam operar o balanceamento necessário das forças centrípeta (exo-axiologia) e centrífuga (endo-axiologia) após o faseamento daquele labor hermenêutico trifásico, obstando qualquer resultado que descompasse a normalidade da sistemática jurídico-constitucional.

Por fim, caberá à jurisdição constitucional, à guisa da natureza dos direitos fundamentais como valores, símbolos, significados e elementos discursivos, adotar uma postura para além do padrão da ação contramajoritária. Na execução da árdua tarefa de operação das normas de direito fundamental, deve a jurisdição constitucional convocar todos os participantes do processo vivo e público que é a Constituição, legitimar todas as pretensões jusfundamentais como integrantes da comunidade sócio-política, e, pela via discursiva, justificar o processo gnosiológico de concordância prática entre direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª. ed., 4ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTER, Andreas. Die Natur der Sache und der Hüter der Verfassung: Tradition und Verfassungspraxis einer rechtspolitischen Formel. **Zeitschrift für Politik**. Vol. 51, nº 3, pp. 277-294, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BILLMAN, George E. Homeostasis: The Underappreciated and Far Too Often Ignored Central Organizing Principle of Physiology. **Front. Physiol.** Vol. 11, nº 2, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 3ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3510. 2008. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4439. 2017. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 347. 2023.

DREWS, Claudia. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta**. Reimp. Madrid: Tecnos, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Neudruck der 20ª. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

ISROW, Zachary. Defining Art and Its Future. **Journal of Arts & Humanities**. Vol. 6, nº 6, p. 84-94, 2017. LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. 11ª. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6ª. ed. Lisboa: Edições 70, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionado problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. Vol. 93, p. 201-232, 2014.

O'HALLORAN, Kay L. Matter, meaning and semiotics. **Visual Communication**. Vol. 22, nº 1, p. 174-201, 2022.

SARLET; Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht. **Freiheit in der Republik**. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

SCHNEIDER, Lüdwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG**. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. Conteúdo Essencial: elemento para a construção de uma teoria da gravitação quântica dos direitos fundamentais. **Revista da EMERJ**. V. 26, e-552, pp. 1-21, 2024.

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. **Fenomenologia Quântica da Constituição: proatividade normativa, pulsar da realidade e mutação**. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Org.). *Os Desafios do Direito do Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2018.

VOßKUHLE, Andreas. *Die Verfassung der Mitte*. München: Carl Friedrich Von Siemens Stiftung, 2015.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRÁTICA DA OBSTINAÇÃO TERAPÊUTICA

Ana Maria Anatocles¹

Resumo

Este estudo examina as considerações éticas em torno da obstinação terapêutica na prática médica. A interseção dos princípios de dignidade humana e decisões de cuidados ao paciente é explorada por meio de uma abordagem qualitativa. Temas-chave que serão abordados incluem autonomia, beneficência e alocação de recursos. Os insights obtidos contribuem para orientação ética para clínicos enfrentando dilemas na obstinação terapêutica.

Palavras-chave: obstinação terapêutica, dignidade humana, ética, autonomia do paciente, alocação de recursos.

Abstract

This study examines the ethical considerations surrounding therapeutic obstinacy in medical practice. The intersection of principles of human dignity and patient care decisions is explored through a qualitative approach. Key themes that will be addressed include autonomy, beneficence and resource allocation. The insights gained contribute to ethical guidance for clinicians facing dilemmas in therapeutic obstinacy.

Keywords: therapeutic obstinacy, human dignity, ethics, patient autonomy, resource allocation.

Introdução

A prática médica contemporânea enfrenta um desafio ético significativo ao lidar com a obstinação terapêutica, uma situação em que os profissionais de saúde continuam a administrar tratamentos agressivos a pacientes, mesmo quando esses tratamentos não oferecem benefícios clínicos significativos ou quando o paciente expressa claramente sua recusa. Essa prática levanta questões profundas sobre a ética médica, os direitos do paciente e a qualidade de vida no contexto de doenças graves e terminais.

¹ Advogada, Especialista em Direito Médico, mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, doutoranda em Direito na Universidade de Salamanca.

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares fundamentais da ética médica, destaca a importância de respeitar a autonomia, a integridade e o valor intrínseco de cada indivíduo. No entanto, a aplicação desse princípio na prática da obstinação terapêutica muitas vezes é desafiadora, já que os profissionais de saúde devem equilibrar o desejo de proporcionar cuidados de qualidade com o respeito à autonomia do paciente.

Apesar dos avanços na medicina moderna, a prática da obstinação terapêutica continua a suscitar debates acalorados e dilemas éticos entre profissionais de saúde, pacientes e familiares. A lacuna entre o desejo de prolongar a vida e o respeito à dignidade e à qualidade de vida do paciente muitas vezes coloca os médicos em uma encruzilhada ética, onde devem tomar decisões difíceis sobre a continuidade ou a interrupção de tratamentos agressivos.

Neste contexto, este trabalho busca preencher essa lacuna, fornecendo uma análise aprofundada do princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação na prática da obstinação terapêutica.

Ao abordar esses objetivos, este trabalho pretende contribuir para um diálogo mais amplo e informado sobre as questões éticas e morais relacionadas à obstinação terapêutica, fornecendo insights valiosos para profissionais de saúde, pesquisadores e formuladores de políticas na área da saúde.

Este estudo adotará uma abordagem qualitativa, buscando explorar profundamente as questões éticas relacionadas à obstinação terapêutica. A metodologia qualitativa permite uma análise detalhada e contextualizada dos fenômenos sociais, fornecendo insights ricos e nuances sobre as experiências, perspectivas e valores dos participantes.

Para atingir os objetivos delineados na introdução, este estudo empregará uma revisão bibliográfica extensiva, que incluirá a análise de artigos científicos, livros, diretrizes éticas e legislação relevante relacionada à obstinação terapêutica, princípios éticos da medicina e direitos do paciente. Essa revisão permitirá uma compreensão abrangente do estado atual do conhecimento sobre o tema e informará a análise crítica proposta neste trabalho.

1 Referencial Teórico

1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pilares fundamentais dos direitos humanos e da ética em diversas áreas, incluindo o campo da medicina. Este princípio afirma que cada indivíduo possui um valor intrínseco, inerente à sua humanidade, que merece ser respeitado e protegido em todas as circunstâncias (Moraes, 2006). Sua importância reside na sua capacidade de orientar políticas, práticas e decisões em uma sociedade justa e ética.

Uma compreensão abrangente do princípio da dignidade da pessoa humana requer uma análise multidisciplinar, considerando suas dimensões filosóficas, jurídicas, éticas e sociais. No contexto filosófico, a dignidade humana está associada à capacidade intrínseca de cada indivíduo de autodeterminação, autonomia e liberdade. Filósofos como Immanuel Kant (2019) argumentaram que os seres humanos têm um valor único e não podem ser tratados meramente como meios para alcançar fins.

No âmbito jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconhece a dignidade como a base de todos os direitos humanos. Além disso, muitas constituições nacionais incorporam esse princípio em seus textos, estabelecendo-o como um valor fundamental a ser protegido pelo Estado.

Na ética médica, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel crucial na relação entre médico e paciente (Diniz, M. H., 2010). Os profissionais de saúde são instruídos a tratar cada paciente com respeito, consideração e empatia, reconhecendo sua dignidade intrínseca independentemente de sua condição de saúde, origem étnica, religião ou status socioeconômico. No contexto da medicina, por exemplo, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana vai além da simples prestação de cuidados médicos, envolvendo questões complexas relacionadas à bioética e à tomada de decisões em situações de conflito moral (Diniz, D., 2010). Importa mencionar que dilemas éticos surgem frequentemente em casos de pacientes terminais, onde questões como eutanásia, cuidados paliativos e o direito à morte digna entram em jogo. (Diniz, M.H., 2010).

A eutanásia, por exemplo, representa um dilema ético intrincado, envolvendo a questão da autonomia do paciente versus os princípios de beneficência e não maleficência. Enquanto alguns defendem o direito do indivíduo de escolher um fim rápido e livre de sofrimento, outros argumentam que a vida deve ser preservada a todo custo. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana se destaca como um princípio fundamental, exigindo uma abordagem sensível que leve em consideração não apenas a autonomia do paciente, mas também sua qualidade de vida e bem-estar emocional (Almeida, 2017).

No que tange aos cuidados paliativos, a dignidade humana prioriza o conforto físico, emocional e espiritual do paciente, garantindo que ele seja tratado com dignidade e respeito até o último momento de vida. Além disso, é essencial considerar a influência de fatores psicossociais e culturais na tomada de decisões relacionadas ao fim da vida. As crenças, valores e tradições de cada indivíduo e comunidade desempenham um papel significativo na forma como a morte é percebida e enfrentada. Portanto, uma abordagem verdadeiramente centrada no paciente deve levar em conta essas diferenças culturais e respeitar as escolhas e preferências individuais, sempre garantindo o respeito à dignidade intrínseca de cada ser humano.

Em última análise, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na medicina exige uma abordagem holística e compassiva, que reconheça a complexidade da experiência humana e busque promover o bem-estar físico, emocional e espiritual de cada paciente, mesmo nos momentos mais desafiadores e difíceis da vida (Meyer, 1988).

Nesses casos, a dignidade da pessoa humana pode ser interpretada como o direito do paciente de ser tratado com respeito e de ter sua autonomia e vontade respeitadas até o fim. Isso pode implicar em permitir que o paciente tome decisões sobre seu próprio tratamento, incluindo a recusa de tratamentos invasivos ou a escolha de encerrar os cuidados médicos em favor de cuidados paliativos, se assim desejar. No entanto, a aplicação desse princípio muitas vezes enfrenta desafios éticos e legais, especialmente quando há conflito entre a vontade do paciente e o dever do médico de preservar a vida. Cecil Helman (2007) aborda que questões como o consentimento informado, a capacidade mental do paciente para tomar decisões e a influência de fatores emocionais e familiares complicam ainda mais o quadro.

Além disso, a dignidade da pessoa humana também é um guia importante na pesquisa médica, especialmente em estudos envolvendo seres humanos. É fundamental que os participantes de pesquisa sejam tratados com respeito, tenham sua autonomia respeitada e não sejam expostos a riscos desnecessários ou tratados de maneira desumana.

Portanto, a compreensão profunda e a aplicação cuidadosa do princípio da dignidade da pessoa humana são essenciais para garantir que a prática médica seja ética, respeitosa e centrada no paciente, promovendo não apenas a saúde física, mas também o bem-estar emocional e espiritual dos indivíduos em todas as circunstâncias da vida.

1.1.1 Os direitos da pessoa humana na perspectiva do direito civil e constitucional

Certamente, atualmente, a aplicação do Direito Civil está intrinsecamente ligada à observância dos preceitos constitucionais (Farias; Rosendal, 2013). Diante disso, é crucial investigar quais normas constitucionais possibilitam essa abordagem metodológica do direito civil sob a ótica constitucional, especialmente em relação à problemática proposta neste ensaio.

A Constituição Federal prevê uma gama extensa de direitos fundamentais à pessoa humana, desde a consagração de sua dignidade (Brasil, 1988, art. 1º, inc. III) até o rol abrangente de direitos fundamentais delineados no art. 5º (Brasil, 1988). Além disso, a cláusula de abertura presente no parágrafo primeiro desse dispositivo legal amplia ainda mais essa proteção ao permitir a existência de direitos fundamentais não apenas nos documentos internacionais, mas também em diversos dispositivos constitucionais além do rol exemplificativo.

Diante dessa ampla previsão constitucional, que abarca inclusive direitos eminentemente privados como propriedade e responsabilidade civil, são essas normas garantidoras que influenciam a aplicação do Direito Civil contemporâneo. Gustavo Tepedino (2014, p. 02) destaca esse aspecto ao salientar que:

Paralelamente, também com a Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, foi alçado à posição de valor máximo do ordenamento, justificando a tutela prioritária de interesses existenciais em face de direitos patrimoniais e, com isso, oferecendo o substrato filosófico e jurídico necessário para a tutela dos direitos humanos.

Considerando a questão da disposição de vontade em relação às técnicas médicas para prolongamento da vida, a dignidade da pessoa humana, como fundamento primordial estabelecido nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, é crucial para a viabilidade jurídica das declarações de vontade que visam evitar o prolongamento da vida por meio de técnicas médicas inovadoras. Essas técnicas, embora possam oferecer a possibilidade de prolongamento da vida, também podem acarretar desconforto, sofrimento e afronta à dignidade do paciente.

Na realidade,

[...] a dignidade da pessoa humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. [...] Nesse contexto, há uma dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. (Barroso, 2013, p. 61).

Portanto, a dignidade humana, em uma de suas muitas perspectivas, permite a proteção do indivíduo contra atos de terceiros que visem atingir sua integridade física, moral ou psicológica, sendo um fundamento jurídico amplo para a proteção do indivíduo.

Além disso, a dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado, que possibilita uma ampla rede de proteção da pessoa humana, tornando-a um fim em si mesma e não um mero instrumento ou objeto das pretensões de outrem. Pietro Alarcón (2004, p. 251) destaca que:

O princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é fundamento do Estado Democrático de Direito, mas valor constitucional. Transcende, assim, a dignidade consignada no art. 1º, inciso III, da Constituição, o normativismo positivo puro [...] o Homem não pode ser usado como mercadoria ou coisa.

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser aplicada como fundamento constitucional para evitar que pacientes sejam compelidos, por parentes ou prestadores de serviços de saúde, a serem submetidos a técnicas médicas de prolongamento da vida que possam comprometer sua dignidade ou qualidade de vida.

Essa fundamentação jurídica visa resguardar o paciente terminal de intenções egoístas de seus parentes, assim como de práticas comerciais abusivas por parte de empresas prestadoras de serviços de saúde. Em situações em que o paciente se encontra psicologicamente abalado e suscetível a concordar com qualquer forma de intervenção para prolongar sua vida, é fundamental respeitar sua autonomia e dignidade, evitando utilizá-lo como um mero instrumento para alcançar interesses alheios.

Por outro lado, não apenas a dignidade da pessoa humana pode ser o fundamento para a viabilidade da morte digna. Uma interpretação do direito à vida também pode sustentar uma argumentação constitucionalmente válida para permitir que a pessoa humana decida sobre os métodos médicos aplicados na fase final da vida.

A inviolabilidade do direito à vida, tratada pela Constituição Federal como direito e garantia fundamental, abrange também o direito à morte digna. Ao escolher o tipo de tratamento médico no fim da vida, a pessoa está exercendo uma extensão desse direito à vida.

Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 372) abordam essa questão ao afirmarem que:

[...] a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em outras palavras, permitir uma morte digna é uma consequência natural do direito a viver com dignidade. Trata-se, portanto, de permitir que a natureza siga seu curso, sem que isso viole a dignidade da pessoa em determinadas situações.

1.1.2 Fundamentos e implicações nos direitos humanos

Os Direitos Humanos em âmbito internacional têm sido discutidos desde o século XIX, sempre zelando pela vida do indivíduo, bem como seus direitos essenciais. Em 1863, em Genebra, Suíça, Jean-Henri Dunant reuniu um grupo de pessoas para “estudar os meios de combater a insuficiência do serviço sanitário nos exércitos em campanha”. Nessa ocasião, foi criada a Cruz Vermelha como um movimento imparcial para proteger e prevenir a vida humana sem discriminação ou preconceito, defendendo a dignidade da pessoa humana (Cruft; Liao; Renzo, 2015). Um ano depois, realizou-se a primeira Convenção

de Genebra, que visava à proteção de vítimas militares e civis de guerras internas e internacionais. Sua primeira aplicação efetiva ocorreu durante a Primeira Guerra Mundial. Em 1919, criou-se a Liga das Nações com o propósito de negociar um acordo de paz em Versalhes, o qual fracassou com o advento da Segunda Guerra Mundial (Cruft; Liao; Renzo, 2015).

Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consolidou-se após a destruição em massa ocasionada pela Segunda Guerra Mundial.

É fundamental estabelecer responsabilização, fiscalização e controle internacional quando uma nação se mostra negligente na execução desses direitos. A internacionalização dos Direitos Humanos não se deve apenas à necessidade de fundamentação, mas principalmente à necessidade de proteção universal.

No Brasil, a Constituição Federal prescreve que a vida é um bem inviolável, sendo indisponível, conforme estabelecido em seu art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)” (Brasil, 1988, art. 5º). Entretanto, a autonomia da vontade também é um princípio constitucional, permitindo que o indivíduo escolha o que é melhor para si, desde que não prejudique os direitos de outras pessoas. Assim, a discussão sobre a autonomia da vontade em relação ao direito à vida se torna relevante, especialmente em questões como o suicídio assistido.

Enquanto a prática da ortotanásia, que consiste na interrupção de tratamentos médicos em pacientes terminais, é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.805/2006, o suicídio assistido é considerado crime no Brasil, enquadrado como auxílio ao suicídio pelo código penal. A questão do suicídio assistido levanta debates éticos e jurídicos complexos, envolvendo a autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e a proteção da vida. É necessário ponderar esses valores constitucionais para encontrar um equilíbrio que respeite a liberdade individual sem comprometer a proteção da vida e a qualidade de vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos centrais dos direitos humanos, estabelecendo que cada indivíduo possui um valor intrínseco e inalienável simplesmente por ser humano. Este princípio, conforme Beitz (2009), embora não seja universalmente definido de maneira

precisa, serve como alicerce moral e jurídico para a proteção e promoção dos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de sua origem, status social, gênero, raça ou qualquer outra característica.

Em termos fundamentais, a dignidade da pessoa humana sugere que cada indivíduo deve ser tratado com respeito, consideração e igualdade perante a lei (Brito, 2022). Esse princípio implica uma série de direitos e garantias, incluindo o direito à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à autonomia, à privacidade e à igualdade perante a lei (Rosen, 2012).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, reconhece a dignidade como o fundamento de todos os direitos humanos e insta todos os Estados a promover e proteger esses direitos. Além disso, a dignidade humana influencia a jurisprudência internacional, orientando decisões judiciais em casos que envolvem violações de direitos humanos. Tribunais e cortes de justiça em todo o mundo frequentemente invocam o princípio da dignidade da pessoa humana ao analisar questões como tortura, tratamento desumano, discriminação e pena de morte, entre outras (Cruft; Liao; Renzo, 2015).

No entanto, apesar de seu status central nos direitos humanos, o conceito de dignidade da pessoa humana não é imune a controvérsias e desafios interpretativos. Diferentes culturas, sistemas jurídicos e tradições filosóficas podem ter interpretações diversas sobre o significado e o alcance desse princípio, mas o mais importante é que independente do contexto, esse princípio precisa desempenhar um papel crucial na teoria e na prática dos direitos humanos, fornecendo uma base moral e jurídica para a promoção da justiça, da igualdade e do respeito pela dignidade de todos os seres humanos em todo o mundo.

1.1.3 Relevância na ética médica

A ética médica está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este último um guia essencial para as práticas clínicas e decisões dos profissionais de saúde. A preservação e promoção da dignidade dos pacientes são consideradas imperativos éticos fundamentais em todas as interações médicas, desde consultas de rotina até situações de tratamento intensivo ou terminal (Gillon, 1994).

É crucial que os médicos reconheçam a singularidade e a dignidade intrínseca de cada paciente, indo além da mera prestação de cuidados médicos para considerar a complexidade de sua humanidade. Isso implica em um compromisso ético de envolver ativamente os pacientes no processo de tomada de decisões sobre sua própria saúde, respeitando não apenas sua autonomia, mas também sua história, valores e desejos individuais. Este engajamento profundo reconhece o paciente como um ser humano completo, com experiências únicas que moldam suas necessidades e preferências de cuidados de saúde.

Em áreas específicas da ética médica e do direito, como consentimento informado, privacidade do paciente, fim da vida e pesquisa clínica, a dignidade da pessoa humana assume uma importância ainda maior. O consentimento informado, por exemplo, não se limita apenas a obter a permissão do paciente para realizar um procedimento médico, mas também requer uma comunicação clara e completa sobre os riscos, benefícios e alternativas disponíveis, garantindo assim o respeito à autonomia e à dignidade do paciente. Já no contexto do fim da vida, os médicos e juristas enfrentam desafios éticos complexos, como a tomada de decisões sobre cuidados paliativos, eutanásia e suicídio assistido (Lippmann, 2013).

Beauchamp e Childress (2019) oferecem uma análise aprofundada sobre a dignidade da pessoa humana no contexto da ética médica quando assevera a importância fundamental da dignidade como um dos princípios bioéticos essenciais que devem guiar a prática médica, argumentando que a dignidade da pessoa humana é mais do que apenas um conceito abstrato; é um princípio que deve informar todas as decisões e ações dos profissionais de saúde. “Os médicos têm a obrigação ética de respeitar a dignidade intrínseca de cada paciente, reconhecendo sua autonomia, valor e direito à autodeterminação” (Beauchamp; Childress, 2019, p. 171).

1.2 Obstinação Terapêutica: Conceito e Prática

O fenômeno da obstinação terapêutica, também conhecido como tratamento excessivo ou fútil, descreve a persistência na aplicação de procedimentos médicos agressivos ou invasivos, mesmo quando não oferecem benefícios significativos ao paciente. Isso pode resultar em prolongamento desnecessário do sofrimento e desperdício de recursos da saúde. Fatores como falhas na

comunicação entre médicos, pacientes e familiares, influências culturais e financeiras, podem contribuir para a persistência dessa prática (Almeida, 2017).

A obstinação terapêutica suscita preocupações éticas e morais, desafiando os princípios da beneficência e não maleficência, fundamentais na tomada de decisões médicas. Especialistas como Annas, Andrews e Isasi (2002) e Pope (2012) analisam a legislação relacionada às diretivas antecipadas de vontade, destacando a necessidade de garantir sua eficácia e respeito pelos profissionais de saúde. Eles enfatizam a importância de diretrizes claras e abrangentes para garantir que os desejos dos pacientes sejam adequadamente refletidos e respeitados. A legislação de proteção ao paciente desempenha um papel crucial na promoção da ética médica e na prevenção da obstinação terapêutica. Garantir que os direitos e desejos dos pacientes sejam respeitados é essencial para uma prática médica ética e centrada no paciente. Pessini (2004) levanta a questão de que muitas vezes médicos, influenciados pela pressão da família, administram tratamentos que apenas prolongam o sofrimento de pacientes terminais, cometendo um excesso terapêutico. Esse excesso, segundo o autor pode ser interpretado como uma tentativa insensata de alcançar a imortalidade humana.

Este autor vai mais longe quando enseja que a futilidade dos tratamentos está diretamente ligada à sua absoluta desnecessidade, pois não oferecem benefícios ao paciente nem modificam sua condição clínica. São intervenções realizadas em pacientes com doenças graves e sem solução identificável pela medicina. Esses tratamentos, além de não apresentarem utilidade, não contribuem para o bem-estar do paciente, resultando em uma existência artificial e mecanizada.

Embora a tecnologia médica traga inúmeros benefícios para o bem-estar humano, sua utilização inadequada pode levar à obstinação terapêutica. Martin (1998) adverte que a medicina moderna, ao buscar vencer a morte a todo custo, muitas vezes perde de vista a dignidade do paciente e transforma a morte em um inimigo a ser combatido.

Diante de uma doença terminal, é fundamental adotar uma abordagem mais humanista, priorizando cuidados paliativos que visem aliviar o sofrimento e proporcionar um fim de vida digno e tranquilo para o paciente. A hospitalização deve ser orientada por princípios que respeitem a dignidade do indivíduo, oferecendo assistência que vá além da mera técnica médica.

1.3 Conflitos entre Obstinação Terapêutica e Dignidade Humana

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana emergiu como um dos consensos éticos fundamentais no mundo ocidental. Sua presença é notável em uma infinidade de documentos internacionais, Constituições, leis e decisões judiciais (Dworkin; Faedrich, 2002). Apesar de sua poderosa força moral e jurídica no plano abstrato, a dignidade é uma ideia polissêmica, refletindo diferentes concepções individuais (Segat; Scott Jr., 2019). Embora seja impossível e indesejável reduzi-la a um conceito fixo, é necessário atribuir-lhe significados mínimos para facilitar seu uso.

No contexto da morte com intervenção, por exemplo, a natureza abstrata e polissêmica da dignidade permite sua invocação por ambos os lados do debate, levando a argumentos circulares que dificultam sua aplicação nesse cenário. Muito se questiona sobre a utilidade do conceito, vendo-o como um slogan ambivalente que pouco contribui para a resolução de desacordos morais. No entanto, essa crítica não deve levar ao descarte da ideia central do discurso ético contemporâneo, especialmente no mundo ocidental, onde sua apelação espiritual é significativa. Em vez disso, destaca a necessidade de dar à dignidade humana uma maior densidade jurídica, objetividade e precisão para lidar com suas complexidades no plano aplicativo, sem desmerecer seu papel como elemento justificativo no plano moral.

A dignidade da pessoa humana está consagrada na Constituição brasileira como um dos fundamentos da República (Brasil, 1988, art. 1º, inc. III), servindo como base para legitimar a ação do Estado e guiar a interpretação da legislação. (Sarlet, 2020). Em seu cerne, a dignidade implica que cada indivíduo é um fim em si mesmo, conforme expresso no imperativo categórico kantiano. A vida de cada ser humano possui um valor intrínseco e objetivo, e ninguém deve ser instrumentalizado para servir aos propósitos de outrem. Além disso, a dignidade implica na responsabilidade de cada pessoa por sua própria vida e na capacidade de determinar seus valores e objetivos (Kant, 2019).

No contexto dos direitos individuais, ela se manifesta na autonomia privada, derivada da liberdade e igualdade das pessoas, permitindo a autodeterminação e o direito ao respeito e consideração igualitários. Nos direitos políticos, traduz-se na autonomia pública, garantindo o direito à participação no processo democrático. E nos direitos sociais, corresponde

ao mínimo existencial, garantindo condições básicas para uma vida digna (Hansen, 2009).

Embora seja possível aprofundar a discussão, conectando a dignidade a direitos emergentes como os ambientais e o direito à paz, isso excederia os limites deste trabalho. No entanto, identifica-se um consenso razoável em considerar a dignidade humana como o fundamento último dos direitos fundamentais, com implicações tanto individuais quanto sociais. A atuação estatal baseada na dignidade pode envolver a oferta de utilidades essenciais, a restrição de condutas individuais que violem a dignidade própria ou de outros, e a promoção de valores comunitários.

Embora a dignidade como autonomia valorize a liberdade individual e os direitos fundamentais, sua prevalência não pode ser absoluta, pois o pluralismo requer a harmonização de projetos de vida divergentes e a consideração dos impactos das escolhas individuais no corpo social e na humanidade como um todo. Assim, a dignidade humana como heteronímia surge como uma necessidade para impor limites quando as escolhas individuais entram em conflito com valores mais amplos da sociedade (Finnis, 2011).

Assim, para dirimir o conflito entre obstinação terapêutica e dignidade humana, é essencial adotar uma abordagem que respeite a autonomia do paciente, considere os valores e objetivos individuais, e leve em conta os princípios éticos que regem a medicina e a sociedade como um todo. Ao integrar a dignidade humana como um princípio orientador, podemos buscar soluções que priorizem o bem-estar e a dignidade de cada indivíduo, enquanto também reconhecemos a complexidade e os desafios inerentes às decisões médicas em situações de extrema gravidade.

Os conflitos entre a prática da obstinação terapêutica e o princípio da dignidade humana são complexos e multifacetados, refletindo uma interseção entre ética médica, direitos humanos e questões morais profundas. Esses conflitos surgem quando a busca por prolongar a vida do paciente por meio de tratamentos médicos agressivos e invasivos entra em conflito com o respeito à autonomia, integridade e qualidade de vida do indivíduo (Pellegrino, 2000). Em primeiro lugar, a obstinação terapêutica pode violar a autonomia do paciente, um dos pilares fundamentais da dignidade humana. Quando os pacientes são submetidos a tratamentos médicos invasivos e fúteis contra sua vontade ou sem plena compreensão das opções disponíveis, sua

capacidade de tomar decisões autônomas sobre sua própria saúde é comprometida (Veit; Zilio, 2023). Isso pode resultar em uma perda de dignidade pessoal, à medida que o paciente se torna um mero objeto de intervenções médicas, em vez de um agente autônomo capaz de exercer controle sobre seu próprio destino. John M. Robertson (2011) ressalta que a dignidade humana decorre de dois princípios fundamentais: a distinção entre pessoa e objeto, defendendo que a pessoa deve ser considerada um fim em si mesma e não um meio para alcançar determinados objetivos. Ele enfatiza que somente a pessoa possui livre arbítrio, autonomia e capacidade de autodeterminação.

No entanto, Oliveira (2019) aborda o direito à vida sem mencionar explicitamente os termos ortotanásia e cuidados paliativos. Ele destaca a importância de evitar a desumanização, destacando que jamais deve haver o tratamento do ser humano como uma coisa, evitando assim retrocessos morais e éticos. Ingo Sarlet (2020) argumenta que a dignidade humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida.

Por outro lado, Alexandre de Moraes (2011) argumenta que o Estado não considera a vida como um direito disponível nem a morte como um direito subjetivo do indivíduo. Ele se posiciona contra a ortotanásia, ressaltando a distinção entre esse conceito e a eutanásia. Enquanto a eutanásia ativa envolve a solicitação da morte por terceiros para aliviar o sofrimento, a ortotanásia refere-se à recusa do prolongamento artificial da vida através de intervenções médicas. Portanto, é evidente a confusão terminológica em torno do conceito de ortotanásia, com pouca referência a cuidados paliativos no meio jurídico, sendo esta uma questão mais discutida no campo médico. É importante esclarecer esses termos para evitar interpretações equivocadas em situações práticas.

1.3.1 Prolongamento desnecessário do sofrimento

A morte é uma parte intrínseca do ciclo vital humano. No entanto, é frequentemente rejeitada e evitada, pois não estamos culturalmente preparados para lidar com ela. O consumismo, a obsessão pela juventude e o culto ao corpo contribuem para essa negação da morte, pois tendemos a evitar o pensamento sobre nossa finitude. (Beauchamp; Childress, 2019). É importante reconhecer que não é a morte em si que assusta as pessoas, mas

sim o desconhecido que a cerca, especialmente o medo do sofrimento e da dor que muitas vezes estão associados a ela. Além disso, fatores como idade, etnia, religião e crenças espirituais influenciam na forma como encaramos a morte, pois cada cultura possui suas próprias visões e rituais relacionados a esse evento inevitável.

Essa perspectiva sobre a morte também afeta a maneira como os profissionais de saúde, os pacientes e suas famílias lidam com o processo de fim da vida. Muitos profissionais de saúde sentem a pressão de prolongar a vida a todo custo, o que pode criar um ambiente de tensão e ressentimento quando a morte é inevitável. No entanto, é essencial oferecer suporte emocional tanto para o paciente quanto para seus familiares, respeitando suas crenças e valores pessoais. A abordagem do cuidado no final da vida deve priorizar a qualidade de vida do paciente e seu bem-estar emocional, em vez de apenas prolongar sua existência física. Isso requer uma visão mais humanizada da morte, reconhecendo o direito do paciente de ter autonomia e dignidade até o fim.

Existe um amplo consenso dentro da comunidade científica mundial de que a morte humana é caracterizada pela constatação da morte encefálica (Silva *et al.*, 2022).

No contexto jurídico brasileiro, a morte encefálica é aceita como critério para determinar a morte, conforme estabelecido na Lei de Transplantes (Brasil, 1997). Esta legislação define os parâmetros clínicos e metodológicos para diagnosticar a morte encefálica, tendo o cérebro e o tronco cerebral como foco. A noção de morte digna, conforme Kant (2019), está intrinsecamente ligada à dignidade humana, que é considerada uma qualidade inata e inalienável de todos os seres humanos. Essa dignidade impede a coisificação do indivíduo e se manifesta na capacidade de autodeterminação através da razão.

A morte é um momento de grande significado na existência humana, expondo a vulnerabilidade e a finitude do ser humano. O medo da morte, presente desde as experiências de perda na infância, influenciou a sociedade ao longo do tempo, refletindo-se em diversas práticas terapêuticas (Werberich, 2007).

O prolongamento desnecessário do sofrimento é uma das preocupações mais urgentes e angustiantes relacionadas à prática da obstinação terapêutica

tica. Este aspecto lança luz sobre a complexa interação entre o princípio da dignidade humana e a busca por prolongar a vida a qualquer custo, mesmo quando isso resulta em um sofrimento adicional e injustificado para o paciente (Cano, 2020).

Quando os profissionais de saúde persistem em tratamentos médicos agressivos e fúteis, mesmo quando não há expectativa razoável de melhoria ou reversão da condição do paciente, isso pode resultar em um prolongamento desnecessário do sofrimento. O paciente pode ser submetido a procedimentos dolorosos e invasivos, experimentando um sofrimento físico e emocional significativo sem nenhum benefício real. Esse prolongamento do sofrimento pode ser particularmente preocupante em situações de fim de vida, quando o paciente está enfrentando uma doença terminal ou uma condição médica irreversível (Lima, 2020).

Nessas circunstâncias, a obstinação terapêutica pode impedir que o paciente tenha uma morte digna e tranquila, prolongando seu sofrimento e comprometendo sua qualidade de vida nos momentos finais. Além disso, o prolongamento desnecessário do sofrimento pode afetar não apenas o paciente, mas também seus entes queridos e cuidadores. A família pode experimentar um sofrimento adicional ao testemunhar o sofrimento prolongado do ente querido e enfrentar decisões difíceis sobre a continuação ou interrupção dos tratamentos médicos. Os profissionais de saúde também podem enfrentar dilemas éticos e emocionais significativos ao lidar com pacientes que estão sofrendo desnecessariamente devido à obstinação terapêutica. É importante reconhecer que a dignidade humana exige respeito pela autonomia e integridade do paciente, incluindo o direito de receber cuidados de saúde que sejam consistentes com seus valores, desejos e preferências individuais. Portanto, os profissionais de saúde têm a responsabilidade ética de avaliar cuidadosamente os benefícios e riscos de cada intervenção médica e tomar decisões informadas que priorizem o bem-estar e a dignidade do paciente (Diniz, M. H. 2010).

Quando adentramos a realidade do paciente terminal, como garantir seus direitos enquanto sua dignidade é preservada? O médico não está obrigado a empregar todos os meios disponíveis na tentativa de curar o incurável, fenômeno conhecido como obstinação terapêutica. Nesse contexto, a Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina (CFM) estipula expressamente o

respeito à autonomia da vontade do paciente, incumbindo ao médico fornecer todas as informações necessárias para a tomada de decisão, seja pelo paciente ou por seu representante (Emmercick, 2023).

Após o século XVIII, especialmente no período pós-Revoluções Americana e Francesa, os Estados começaram a reconhecer que havia limites para sua intervenção na administração das nações, o que resultou na positivação desses direitos em suas declarações de direitos. Parte desse reconhecimento está na percepção da autonomia individual decorrente do Direito à Liberdade, conquistado ao longo da história humana com inúmeras lutas e sacrifícios. Como Letícia Möller (2007) destaca, os princípios da autonomia e da dignidade humana juntos formam a base para o direito do paciente terminal de morrer de acordo com sua vontade. Nesse sentido, o artigo 15 do Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002) estabelece que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida. Essa disposição deve ser interpretada à luz do Princípio da Dignidade Humana, em conformidade com a constitucionalização da norma, destacando o indivíduo como ponto central na interpretação jurídica.

Por outro lado, o artigo 146, § 3º, inc. I, do Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), estabelece que não constitui crime a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de vida. A solução para essa aparente antinomia reside na compreensão de que, ao se falar em ortotanásia, já se chegou à conclusão médica de que não há mais vida, independentemente da intervenção médica proposta. (Dutra; Sousa, 2023)

O Estado, como guardião da vida, desempenhou seu papel, mas espera-se que agora proteja a dignidade da vida que se esvai. O que acontece com a pessoa em fase terminal está além do controle humano, sendo um momento único e universal, aguardando sua vez para cada ser vivo, humano ou não.

Nesse contexto, a Resolução nº 1.995/2012 do CFM surgiu como uma opção viável, segura e humanizada, visando respeitar ao máximo a autonomia do paciente. Ela orienta a atenção às diretrizes antecipadas de vontade do paciente e aos procedimentos que ele deseja ou não ser submetido. Essas diretrizes são registradas no prontuário médico e devem ser atendidas quando solicitadas, desde que em conformidade com a ética médica e respeitando a dignidade do paciente. (Duarte, 2012)

O Testamento Vital é outra ferramenta disponível para a pessoa expressar suas vontades em situações de doença ameaçadora da vida e fora de possibilidades terapêuticas curativas. Este documento pode ser elaborado em qualquer momento da vida do indivíduo e revogado a qualquer momento, proporcionando uma forma legítima de manifestação da vontade em relação aos últimos momentos de vida.

1.3.2 Autonomia e vontade do paciente

Durante um longo período, os profissionais de saúde orientaram sua conduta por uma ética fundamentalmente inspirada nos princípios de beneficência, nos quais o profissional assumia a responsabilidade de agir de forma paternalista na busca pelo objetivo de conduzir o paciente à recuperação da saúde. O paciente era visto como alguém com limitações tanto mentais quanto morais para tomar decisões, cabendo ao profissional guiar todo o processo, avaliando os benefícios e os riscos de cada intervenção (Barbosa, 2010).

Por mais de dois mil anos, o critério de futilidade terapêutica era unilateral, sendo a decisão de continuar ou interromper tratamentos uma prerrogativa exclusiva do médico. A noção de futilidade era uma avaliação objetiva reservada apenas aos profissionais de medicina. No entanto, essa mentalidade começou a mudar com o surgimento do princípio da autonomia, que conferiu aos pacientes o direito de participar ativamente nas decisões sobre sua saúde (Pellegrino, 2000).

A autonomia, um princípio ético dos quatro formulados por Beauchamp e Childress (2019), concede voz ao paciente, tornando-o o protagonista principal do seu processo de tratamento. Respeitar a autonomia significa reconhecer a capacidade e o direito de cada indivíduo decidir livre, informada e conscientemente sobre sua condição de saúde, bem como sobre os cuidados que deseja ou não receber. O conceito e a prática do consentimento informado estão fundamentados nesses direitos estabelecidos, inclusive na legislação vigente em Portugal (Semedo, 2011).

A introdução do conceito de autonomia desafiou a autoridade até então incontestável do médico, gerando debates sobre quem deveria determinar a futilidade terapêutica (Pellegrino, 2000). A ênfase passou a ser na participação do paciente nas decisões sobre sua própria saúde, conforme preconizado pelo

princípio do consentimento informado, que deve ser visto como um diálogo e compartilhamento de conhecimento e poder entre médico e paciente, e não apenas como uma formalidade para obter permissão (Neto, 2006). Tomé e Marques (2010, t. 66, p. 287) vão além, afirmando que “o paciente (...) é, sem dúvida, quem deve decidir (se estiver interessado, lúcido e competente, é claro) se um tratamento proposto é aceitável. Isso é respeitar o paciente e exercer sua autonomia”.

No contexto das decisões sobre a suspensão ou abstenção de tratamentos no final da vida, a determinação da futilidade de uma intervenção não deve mais ser unilateral, não devendo ser apenas uma prerrogativa do médico em detrimento da autonomia do paciente. A noção de futilidade agora abrange não apenas critérios médicos, mas também objetivos, valores e crenças do paciente. Surge então o debate sobre quem deve determinar se uma intervenção é fútil ou não. O que fazer quando médico e paciente discordam? Isabel Neto (2010) esclarece esse ponto argumentando que o exercício das duas autonomias (médica e do paciente) deve ser visto como um conjunto de responsabilidades relacionais, estabelecendo-se assim a chamada aliança terapêutica. A avaliação da futilidade de uma medida terapêutica pelo médico e pelo paciente, combinando critérios subjetivos e objetivos, parece ser o mais razoável. Pellegrino (2000) propõe um equilíbrio entre três critérios - eficácia, benefício e custo - com base na avaliação clínica visando o bem-estar do paciente.

No esforço para garantir a participação ativa do paciente no processo de decisão, é crucial lembrar que compreensão e liberdade são fundamentais para que uma escolha seja verdadeiramente autônoma. Para exercer a autonomia, é necessário que o paciente seja competente para expressar sua vontade, o que, do ponto de vista médico, requer, no mínimo, habilidade para compreender informações relevantes, entender a situação clínica e suas possíveis consequências, comunicar suas escolhas e decidir com base em seus próprios valores e nos argumentos técnicos apresentados (Motta *et al.*, 2016).

No entanto, a determinação da competência para tomar decisões é complexa, destacando-se a importância de um diálogo esclarecedor, em linguagem acessível ao paciente, para garantir o máximo envolvimento possível na tomada de decisão (Neto, 2006).

Quando a participação do paciente não é viável, a decisão cabe ao médico, baseada no conhecimento que possui sobre o paciente e sua condição, nas informações da equipe de saúde e na opinião da família, com a qual o médico deve manter uma relação de apoio e diálogo. A opinião da família deve ser considerada como uma representação do paciente e não uma decisão independente. No entanto, ela não deve impedir nem ser determinante para a decisão médica (Van Der Steen; Muller; Ooms *et al.*, 2000).

A autonomia do paciente é constantemente desafiada pelas condições de doença e é limitada e condicionada pelas perdas, riscos e ameaças à integridade e dignidade do paciente. O modelo ético da responsabilidade nasce da consciência ética despertada diante do sofrimento/vulnerabilidade do outro (Barbosa, 2010). Por outro lado, a autonomia não é um valor absoluto, mas sim um valor entre outros, pois pode haver outros aspectos a serem considerados, que podem impedir que os desejos dos pacientes sejam atendidos se entrarem em conflito com outros princípios a serem considerados.

1.4 Abordagens Legais e Éticas

Do ponto de vista legal, as leis e regulamentações variam de acordo com a jurisdição e podem abordar questões específicas relacionadas à obstinação terapêutica, como consentimento informado, tomada de decisão avançada, responsabilidade médica e direitos do paciente (Nogarolli, 2021). Por exemplo, em muitos países, os pacientes têm o direito legal de recusar tratamentos médicos, incluindo procedimentos considerados fúteis ou excessivos.

No Reino Unido, por exemplo, os pacientes têm o direito legal de tomar decisões sobre sua própria saúde e tratamento, incluindo o direito de recusar tratamentos médicos (Cogo; Lunardi, 2018). Esse direito é protegido pelo princípio do consentimento informado, onde os pacientes devem ser devidamente informados sobre os benefícios e riscos dos tratamentos propostos antes de tomarem uma decisão.

Um outro exemplo são os Estados Unidos, onde os pacientes têm o direito legal de recusar tratamentos médicos, e isso é protegido pelo princípio ético da autonomia do paciente. Os pacientes podem expressar suas vontades através de documentos como testamentos vitais (*living wills*) e procurações de cuidados de saúde (Cogo; Lunardi, 2018).

Em Portugal, a Lei n.º 15/2014, de 21 de março (Portugal, 2014), estabelece o regime jurídico dos direitos dos doentes. Essa lei visa proteger os direitos fundamentais dos doentes e promover o respeito pela sua dignidade, autonomia e liberdade de decisão no contexto dos cuidados de saúde (Pereira; Almeida, 2023). Entre os principais pontos abordados pela Lei n.º 15/2014 estão o consentimento informado. A lei reconhece e respeita a vontade expressa do doente em relação aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, incluindo a recusa de tratamentos médicos, desde que o doente tenha capacidade para tal e que as decisões estejam devidamente documentadas; confidencialidade e privacidade (Fontes; Barbosa; Brito, 2020).

A lei garante a confidencialidade das informações médicas dos doentes e o respeito pela sua privacidade, proibindo a divulgação não autorizada de informações médicas confidenciais e direito à segunda opinião.

Ainda em Portugal, a lei reconhece o direito dos doentes a procurar uma segunda opinião médica, garantindo-lhes acesso a informações e opiniões adicionais sobre o seu diagnóstico. Fica garantido ainda a todos os doentes, o direito a receber cuidados de saúde adequados, oportunos e de qualidade, independentemente da sua condição económica, social ou de qualquer outra natureza.

No Brasil, o direito dos pacientes de recusar tratamentos médicos é garantido pela Constituição Federal, que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana e o direito à autonomia individual. Neste país, os direitos dos pacientes são protegidos por diversas leis e regulamentos, mas não há uma legislação federal específica que corresponda exatamente à descrição da Lei nº 15/2014 de Portugal. No entanto, existem várias leis e normas que garantem direitos e proteção aos pacientes brasileiros. Na Constituição Federal do Brasil, o artigo 196 (Brasil, 1988) estabelece o direito à saúde como um direito fundamental de todos e dever do Estado, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Existe ainda a Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que reconhece o direito dos pacientes terminais de optarem por tratamentos paliativos em detrimento de tratamentos curativos agressivos. Os cuidados paliativos visam proporcionar conforto e qualidade de vida aos pacientes em estágio avançado de uma doença grave ou terminal.

Quanto aos documentos de vontade antecipada, como o “Testamento Vital” ou “Diretivas Antecipadas de Vontade”, sua validade e aplicação são reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução CFM nº 1.995/2012 (Alkimim; Rampazzo, 2016). Esses documentos permitem que os pacientes expressem suas vontades em relação aos cuidados de saúde que desejam ou não receber em situações futuras em que possam não ser capazes de tomar decisões por si mesmos. Embora não haja uma legislação federal específica regulamentando esses documentos, esta resolução fornece diretrizes e critérios para sua elaboração e aplicação, garantindo assim o respeito à autonomia e à vontade dos pacientes brasileiros.

As diretrizes éticas e legais podem fornecer orientações sobre como lidar com conflitos entre médicos, pacientes e familiares em situações de obstinação terapêutica, garantindo que as decisões sejam tomadas de maneira justa e respeitosa.

A autonomia do paciente deve ser respeitada, permitindo que eles participem ativamente das decisões sobre seu próprio tratamento e recusem intervenções médicas que não estejam alinhadas com seus valores e desejos. Ao mesmo tempo, os profissionais de saúde têm o dever ético de agir no melhor interesse do paciente, garantindo que os tratamentos propostos sejam clinicamente indicados, proporcionem benefícios reais e não causem danos desnecessários (Cano, 2020).

Além disso, a justiça distributiva desempenha um papel crucial na abordagem ética da obstinação terapêutica, especialmente quando se considera a alocação de recursos limitados em saúde. Os recursos escassos devem ser utilizados de forma equitativa e eficiente, priorizando intervenções médicas que maximizem os benefícios para o maior número possível de pacientes. Isso requer uma avaliação cuidadosa dos custos e benefícios de cada intervenção, bem como uma consideração dos princípios éticos e sociais subjacentes à distribuição justa de recursos em saúde.

A análise da obstinação terapêutica sob a ótica legal e ética é uma jornada complexa que demanda uma profunda reflexão sobre os direitos, responsabilidades e valores fundamentais envolvidos na prática médica.

Vale ainda mencionar que, de acordo com a Resolução CFM nº 2.156 (Conselho Federal de Medicina, 2016, art. 6º, § 1º), a admissão de pacientes na UTI

deve priorizar aqueles que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem restrições quanto ao suporte terapêutico. Pacientes estáveis, que requerem monitoramento intensivo contínuo, devem ser admitidos prioritariamente em unidades de cuidados intermediários (semi-intensivos), pois podem necessitar de intervenção imediata. Para pacientes com doença em processo terminal irreversível ou sem possibilidade de recuperação, a recomendação é a adoção de cuidados paliativos em unidades apropriadas. Essas diretrizes do CFM visam evitar a obstinação terapêutica, priorizando a qualidade de vida do paciente. No entanto, apesar da clareza dessas resoluções, a prática médica muitas vezes tende a favorecer ações agressivas de prolongamento da vida, mesmo em casos de doença terminal, o que pode resultar em uma morte indigna e prolongada. Assim, é essencial promover a compreensão e a aplicação adequada dos princípios de cuidados paliativos para garantir uma morte digna e respeitosa aos pacientes em fim de vida.

1.5 Conflitos éticos

A relação entre a tecnociência e a dialética é amplamente reconhecida. A persistência na aplicação de tratamentos pode ser justificada pela superespecialização característica da alta tecnologia, levando à fragmentação do conhecimento e à desresponsabilização nas decisões. Em estágios avançados de certas doenças, a falta de expectativa de recuperação pode explicar a continuidade dos tratamentos devido à falta de consenso entre os especialistas sobre o desfecho inevitável (Monteiro, 2006).

O conflito de valores também desempenha um papel na obstinação terapêutica, como evidenciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos princípios éticos médicos e nos direitos dos pacientes. Esses documentos frequentemente entram em conflito, especialmente em casos de prolongamento excessivo de tratamentos médicos (Pignatari; Côrrea; Lopes, 2011). Além disso, a tecnologia alterou fundamentalmente a percepção da morte nos países desenvolvidos, transformando o momento da morte em um processo. Isso pode gerar diferentes estados emocionais, desde o medo da morte até a esperança proporcionada pela tecnologia em encontrar uma solução. O existencialismo e a metafísica também desempenham um papel na com-

preensão da obstinação terapêutica, considerando as questões existenciais e transcendentais envolvidas.

Em última análise, a obstinação terapêutica surge como uma questão ética complexa, influenciada por diversos fatores. Contudo, é possível que a ciência, com seu método de correção de erros ao longo do tempo, possa contribuir para encontrar soluções mais éticas e eficazes na medicina intensiva.

Conclusão

Com o aumento do uso de tecnologia na área da saúde, houve uma demanda crescente pela institucionalização do processo de morte, influenciada pela adoção da Convenção de Sidney. Isso levou as pessoas a falecerem principalmente em ambientes hospitalares, pois apenas médicos podem atestar a morte cerebral. Consequentemente, pacientes passaram a ser submetidos a uma variedade de intervenções médicas antes indisponíveis, prolongando suas vidas, muitas vezes sacrificando a qualidade em favor da quantidade.

Esse cenário despertou preocupações na comunidade científica, levando a um movimento em direção à promoção de uma morte digna, em linha com os ideais da Constituição Federal e das diretrizes do Conselho Federal de Medicina, que buscam garantir a autonomia e a dignidade do indivíduo.

A obstinação terapêutica, ao prolongar o sofrimento e o desconforto do paciente terminal, contradiz esses princípios, enfatizando a importância dos cuidados paliativos para preservar a dignidade do paciente, aliviando seu sofrimento físico, emocional, espiritual e social. Assim, o CFM tem repreendido essa prática, promovendo uma abordagem humanizada da medicina que respeita os direitos individuais e busca uma morte digna, refletindo diretamente na qualidade de vida prevista constitucionalmente.

A análise da obstinação terapêutica como um desafio ético na medicina contemporânea revela a necessidade de uma abordagem equilibrada, priorizando o respeito à autonomia do paciente e seu bem-estar. Princípios de dignidade humana fornecem um guia ético sólido para orientar as decisões clínicas, destacando a importância da comunicação eficaz e do consentimento informado.

Este estudo destaca a importância de uma prática médica ética e compassiva, respeitando os princípios de dignidade humana para garantir cuidados de qualidade e respeito pelos direitos dos pacientes. Recomendações éticas

visam auxiliar os profissionais de saúde na abordagem da obstinação terapêutica, promovendo uma prática mais ética, compassiva e centrada no paciente.

Reconhecemos que as questões éticas relacionadas à obstinação terapêutica são complexas e podem variar de acordo com o contexto clínico e cultural. Portanto, é essencial continuar o diálogo e a pesquisa nesta área, buscando abordagens éticas que respeitem a dignidade e os direitos de todos os pacientes, independentemente de sua condição médica ou prognóstico.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALKIMIM, Maria Aparecida; RAMPAZZO, Lino. **Diretivas antecipadas de vontade (testamento vital): implicações éticas e jurídicas diante do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 139-158, 2016. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9695/2016.v2i2.1380>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1380>. Acesso em: 5 maio 2024.

ALMEIDA, Jane de Oliveira Rabelo de. **Dilemas de vida e de morte: um estudo sociojurídico sobre a ortotanásia**. Orientador: Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

ANNAS, George J.; ANDREWS, Lori B.; ISASI, Rosario M. Protecting the endangered human: toward an international treaty prohibiting cloning and inheritable alterations. **American journal of law & medicine**, [S. l.], v. 28, n. 2-3, p. 151-178, 2002.

BARBOSA, António. Ética relacional. In: Barbosa, António; Neto, Isabel (ed.). **Manual de cuidados paliativos**. 2. ed. Lisboa: Faculdade de Medicina de Lisboa. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 132 p.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press. 2019. 512 p.

BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009. 256 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 maio 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRITO, Cynthia Lays Feitosa de. **A dignidade humana no pensamento de Jeremy Waldron**. Orientador: Prof. Dr. Narbal de Marsillac Fontes. 2022. 76 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

CANO, Carlos Wilson de Alencar *et al.* Finitude da vida: compreensão conceitual da eutanásia, distanásia e ortotanásia. **Revista Bioética**, [S. l.], v. 28, p. 376-383, abr./jun. 2020.

COGO, Silvana Bastos; LUNARDI, Valéria Lerch. Diretivas antecipadas: uma análise documental no contexto mundial. **Texto & Contexto-Enfermagem**, Santa Catarina, v. 27, n. 3, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.805/2006, de 28 de novembro de 2006.** Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 10 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.995/2012, de 31 de agosto de 2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 10 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.156/2016, de 17 de novembro de 2016.** Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 10 maio 2024.

CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo (eds.). **Philosophical foundations of human rights.** 1ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. 720 p.

DINIZ, Debora. **Bioética e dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 967 p. ISBN: 9788502086043

DUARTE, Evangelina Castilho. **O direito de morrer a propósito da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.** Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 63, n. 202, p.19-25, jul./set. 2012.

DUTRA, Pedro Henrique; SOUSA, Diego Rodrigues de. **Testemunhas de jeová e a questão de transfusão de sangue no brasil no âmbito do direito bipenal.** [S. l.], 2023.

DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

EMMERICK, Isabella Bastos. **O Fim Digno: Eutanásia E Suicídio Assistido No Brasil**. Belo Horizonte: Expert Editora. 2023. 184 p.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. [S. l.]: Oxford University Press, 2011. 512 p.

FONTES, Ana Filipa; BARBOSA, Rita Ribeiro; BRITO, Dinis. Onde mora a autonomia do paciente em tempos de crise em Portugal?. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 25, n. 0, sup. 2, p. 4197-4200, out. 2020.

GILLON, Raanan. **Medical ethics: four principles plus attention to scope**. London: British Medical Journal, vol. 309, n. 6948, 1994.

HANSEN, Messiluce da Rocha. **Esfera pública midiática: um estudo a partir dos princípios do discurso público e do modelo de democracia deliberativa Habermasiana**. Orientadora: Maria Victória Espiñeira Gonzalez. 2009. 358 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

HELMAN, Cecil. **Culture, health and illness**. 5. ed. Londres: CRC press, 2007. 512 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1. ed. [S. l.]: Martin Claret, 2019. 112 p.

LIMA, Isaac Silva de. Os desafios para normatizar as medidas de autodeterminação sobre o desfecho natural da vida. In: **V congresso internacional de direitos humanos de coimbra: uma visão transdisciplinar** (Simpósio). 2020.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix Editora, 2013. 101 p.

MARTIN, Leonard C. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et al. (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 171-192, 1998.

MEYER, Fernand. **The Anthropology of Medicine. From Culture to Method.** p. 253-255. 1988. Meyer, Fernand. "The Anthropology of Medicine. From Culture to Method." (1988): 253-255.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia.** Curitiba, Juruá Editora, 2007. 185 p.

MONTEIRO, Filipe. Ventilação mecânica e obstinação terapêutica ou distanásia, a dialética da alta tecnologia em medicina intensiva. **Revista portuguesa de Pneumologia**, Lisboa – Portugal, v. 12, n. 3, p. 281-292, maio/jun. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 2402 p.

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.

MOTTA, Luís Claudio de Souza *et al.* Tomada de decisão em (bio)ética clínica: abordagens contemporâneas. **Revista Bioética**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 304-314, 2016.

NETO, Isabel. Princípio e filosofia dos Cuidados Paliativos. In: Barbosa, António; Neto, Isabel (eds.). **Manual de cuidados paliativos.** Lisboa: Secção Editorial da Associação de Estudantes da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, p. 17-52, 2006.

NOGAROLI, Rafaella; JÚNIOR, José Luiz Moura Faleiros. Do consentimento informado ao processo de escolha esclarecida. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 4, n. 2, p. 179-185, maio/ago. 2021.

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia. **Revista Amagis Jurídica**, [S. l.], n. 7, p. 33-56, ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 jan. 2024.

PELLEGRINO, Edmund D. Decision at the End of Life: The Use and Abuse of the Concept of Futility. *In*: Correa, Juan D.V.; Sgreccia, Elio (eds.). **The Dignity of The Dying Person: Proceedings of The Fifth Assembly of The Pontifical Academy for Life 24-27 February 1999**. Vaticano: Libreria Editrice Vaticano, p. 219-241, 2000.

PEREIRA, André Dias; ALMEIDA, Catarina. A incorporação da saúde como direito em Portugal: uma análise do seu arco normativo. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, [S. l.] ano 20, n. 40, jul./dez.2023.

PESSINI, Léo. Distanásia: Algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 252 p.

PIGNATARI, Nínive Daniela Guimarães; CORRÊA, Bárbara; LOPES, Naima. Ortotanásia: Direito a morte digna. **Revista Linhas Jurídicas**, São Paulo, v. 3, n. 1, nov. 2011.

POPE, Thaddeus Mason. Legal fundamentals of surrogate decision making. **Chest**, v. 141, n. 4, p. 1074-1081, abr. 2012.

PORTUGAL. **Lei nº 15, de 21 de março de 2014**. Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde. Lisboa, Portugal: Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/15-2014-571943>. Acesso em: 05 maio 2024.

ROBERTSON, John M. (ed.). **The philosophical works of Francis Bacon**. London: Routledge, 2011. 942 p. ROSEN, Michael. **Dignity: Its history and meaning**. Harvard University Press, 2012. 200 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 41, n. 2, p. 15-46, 2020.

SEGAT, Juliana Lazzaretti; SCOTT JR, Valmor. Apontamentos sobre os princípios de justiça em John Rawls a partir de uma teoria da justiça. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 1-21, dez. 2019.

SEMEDO, J. O Testamento Vital e o direito à autodeterminação. **Communio. Revista Internacional Católica**, [S. l.], p. 39-47, 2011.

SILVA, Talita Santos Dourado *et al.* **Testamento vital**: legislação vigente e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Graduação em Movimento – Ciências Jurídicas**, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 43-43, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. A influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Direito Civil Constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TOMÉ, V.; MARQUES, Manuel S. Como fazer sentido de coisas tão díspares?. **Revista Portuguesa de Filosofia**, [s. l.], t. 66, fasc. 2, p. 283-322, 2010.

VAN DER STEEN, Jenny T., MULLER, Martien T., OOMS, Marcel E., VAN DER WAL, Gerrit; RIBBE, Miel W. Decisions to treat or not to treat pneumonia in demented psychogeriatric nursinghome patients: development of a guideline. **Journal of Medical Ethics**, [s. l.], v. 26, p. 114-120, 2000.

VEIT, Yasmin Milene Dalmolin; ZILIO, Daniela. A ortotanásia e a kalotanásia como possibilitadoras de uma morte digna na perspectiva dos cuidados paliativos. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, São Miguel do Oeste – Santa Catarina, v. 8, p. e34341-e34341, 2023.

WERBERICH, Juliana. **Aspectos sociojurídicos sobre a dignidade humana no processo de morte**. Orientadora: Dr.(a) Sandra Regina Martini Vial. 2007. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Daiana Tolfo Bitencourt¹

Resumo

O presente artigo objetivou discutir o direito à alimentação adequada e as políticas públicas à efetivação deste direito. Para tanto, analisa o direito à alimentação como direito-garantia do direito à vida, dando ênfase à eficácia vinculativa e regime jurídico de seu conteúdo mínimo; expõe o tratamento legal dado ao direito à alimentação adequada no Brasil e no mundo. O método escolhido para o desenvolvimento deste artigo foi o lógico-dedutivo que se valeu da pesquisa bibliográfica, aliada à pesquisa documental pertinentes à temática abordada. Foi visto que discutir o direito à alimentação adequada como um direito fundamental é de destacada relevância por diversas razões, que abrangem aspectos éticos, sociais, econômicos, culturais e de saúde. Ao final do estudo foi possível concluir que ao reconhecer o direito à alimentação como fundamental, ganha relevo o papel do Estado na criação de políticas públicas e programas que assegurem a realização desse direito para todos os cidadãos, garantindo condições que possibilitem que todas as pessoas tenham acesso a uma alimentação saudável e suficiente, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Direito à alimentação adequada. Políticas públicas.

Abstract

This article aimed to discuss the right to adequate food and the public policies to realize this right. To this end, it analyzes the right to food as a guarantee of the right to life, emphasizing the binding effectiveness and legal regime of its minimum content; and exposes the legal treatment given to the right to adequate food in Brazil and around the world. The method chosen for the development of this article was logical-deductive, which used bibliographical research, combined with documentary research relevant to the topic addressed. It was seen that discussing the right to adequate food as a fundamental right is of outstanding relevance for several reasons,

¹ Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL. Mediadora. Especialista em Nutrição pela Faculdade Uniguaçu – PR. Atualmente desenvolve o projeto “O Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto das Políticas Públicas e Nutricionais”.

which cover ethical, social, economic, cultural and health aspects. At the end of the study, it was possible to conclude that by recognizing the right to food as fundamental, the role of the State in creating public policies and programs that ensure the realization of this right for all citizens gains importance, guaranteeing conditions that enable all people to have access to healthy and sufficient food, contributing to a fairer and more equitable society.

Keywords: Fundamental social rights. Right to adequate food. Public policy.

Introdução

A incorporação dos direitos fundamentais sociais em constituições e legislações busca estabelecer um compromisso do Estado em prover condições que possibilitem o pleno desenvolvimento e a qualidade de vida de seus cidadãos. No entanto, a efetiva implementação desses direitos pode variar de acordo com o contexto político, econômico e social de cada país.

O interesse pelo tema surgiu, pois entende-se que é no mínimo curioso que o direito à alimentação, de exuberante fundamentalidade, só vá ser reconhecido por força do denominado mínimo existencial de que a pessoa humana revestida da dignidade que tal condição lhe transmite, é destinatária quando, desde logo, poderia ter sido reconhecido como uma espécie de garantia do próprio direito à vida, e vida digna –, quando não se o reconhecesse como direito fundamental expressamente inscrito no art. 6º, 208 e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB 1988).

Jorge Reis Novais (2016), com a agudeza de sempre, explica o fenômeno a partir da intencional omissão da Constituição de Bonn a propósito dos direitos sociais e da doutrina e da jurisprudência a respeito do mínimo existencial e do direito à liberdade que então se formou, que acabaram por deslocar o foco da jusfundamentalidade do direito à alimentação adequada, decorrentes de sua singela e expressa inscrição na CRFB/1988, para o da dignidade da pessoa humana, zona nebulosa e indeterminada do mínimo necessário à vida humana, sempre contingenciado pela denominada reserva do possível que, acredita-se, mais tem a ver com o grau ou intensidade da prestação devida, do que com sua jusfundamentalidade.

Relega-se a um segundo plano a análise da adequabilidade, acessibilidade econômica e física, qualidade nutricional e aceitabilidade do alimento conforme as preferências, ideologias, etnia, necessidades e cultura do alimentando.

Além da disponibilidade, é crucial considerar se as pessoas têm recursos financeiros suficientes para adquirir alimentos, bem como a proximidade e a facilidade de acesso aos locais onde os alimentos estão disponíveis, variável está particularmente relevante em áreas rurais e urbanas, onde a infraestrutura pode afetar a capacidade das pessoas de obter alimentos.

É importante considerar também que a alimentação adequada não é apenas uma questão de quantidade, mas também de qualidade. Por esta razão, a disponibilidade de alimentos nutritivos e a educação nutricional são elementos importantes, juntamente com os fatores culturais e sociais, pois, os alimentos disponíveis e consumidos devem ser culturalmente aceitáveis.

Também, a produção e o consumo de alimentos devem ser sustentáveis a longo prazo, levando em consideração os impactos ambientais, como a gestão sustentável dos recursos naturais, a redução do desperdício e a mitigação das mudanças climáticas.

Ao analisar o direito à alimentação adequada, é importante considerar todos esses aspectos interconectados e adotar uma abordagem holística que leve em conta as complexidades do sistema alimentar. Essa perspectiva é fundamental para desenvolver políticas e práticas que promovam a segurança alimentar e o bem-estar das populações.

Ademais, tratar dos direitos sociais é um desafio dentro do campo do Direito, sobretudo do Direito Constitucional. Em primeiro lugar porque, a despeito de existirem incontáveis tratados, cursos, dissertações e trabalhos publicados a respeito da temática constitucionalista, muito pouco se analisa, dentro da ótica estritamente jurídica, sobre a real dimensão dos direitos sociais - ou seja, sobre o aspecto propriamente social do direito. Em segundo lugar, porque, ainda que muito do material produzido seja efetivamente de excepcional qualidade, ainda persiste muita influência de direito estrangeiro no campo do direito brasileiro, o que afasta ainda mais a análise jurídica da realidade.

Assim, o direito precisa não apenas de uma análise mais atenta à realidade, mas principalmente de uma análise mais interdisciplinar, aberta aos diálogos e necessárias problematizações que diferentes campos podem trazer.

1 Direito à alimentação como direito-garantia do direito-direito à vida: eficácia vinculativa e regime jurídico de seu conteúdo mínimo

Na previsão constitucional de direitos sociais, a CRFB/1988 elenca um rol exemplificativo de direitos aos quais fazem jus todas as pessoas consideradas no convívio social; são direitos básicos que dependem de prestação estatal.

Importante notar, antes de se partir à análise do direito à alimentação adequada, que não se objetiva fazer uma análise do regime jurídico desse direito, tampouco análises de caráter dogmático acerca de sua natureza (enquanto fundamental, de primeira geração), conteúdo que já é muito explorado pela doutrina e já explorado brevemente na seção anterior. Serão revisadas as previsões constitucionais, a legislação infraconstitucional que regulamenta este direito e as formas de implementação que o Poder Público adota com relação a cada um dos direitos sociais.

Entende-se, pois, por direitos formalmente fundamentais aqueles direitos consagrados e reconhecidos constitucionalmente como tais; enunciados e protegidos por normas cujo valor formal equivale ao da Constituição, ou seja, normas que possuem o formato constitucional (Canotilho, 2017)

Os direitos fundamentais sociais referem-se a uma categoria de direitos humanos que buscam assegurar condições dignas de vida, bem-estar e participação na sociedade. Esses direitos são fundamentais para garantir a igualdade e a justiça social, visando proporcionar às pessoas condições mínimas para uma existência digna e geralmente incluem garantias relacionadas a áreas como educação, saúde, moradia, alimentação, trabalho e previdência social (Sarlet, 2019).

Os direitos sociais, portanto, têm a finalidade de garantir à sociedade o seu pleno desenvolvimento, valendo-se de prestações positivas por parte do Estado. Por estas prestações, são reduzidas as desigualdades sociais, tendo em vista que o Estado presta serviços àqueles que precisam e de outra maneira não teriam como conseguir – como os serviços de educação, saúde e alimentação.

Importa destacar as palavras de Jorge Miranda (2011), “Há certas garantias constantes da Constituição que não são direitos; mas muitas outras há que se constituem, em bom rigor, em elementos da definição constitucional do próprio direito, e que não podem ser suspensas nem pelo estado de sítio

ou pelo de emergência, como a do direito de defesa dos arguidos. Tudo se passa “como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia” (Miranda, 2011, p. 97-98).

Assim, da mesma forma que ao direito de liberdade física faz-se indispensável, num segundo momento de sua consagração constitucional, o estabelecimento do direito-garantia à presunção de inocência, ao contraditório e à defesa ampla, ao direito à vida seguiu-se, pelo menos em Portugal e no Brasil, um “segundo momento”, o direito-garantia à alimentação.

A única distinção residiria no fato de que, enquanto os direitos-garantia do direito-direito à liberdade física cobram do Estado uma prestação de cunho notadamente legislativo – a edição de normas legais processuais afinadas àquelas garantias –, o direito à alimentação demandaria uma prestação de ordem material como, de resto, cobram-na, também, o direito de participação política, mesmo no que diz respeito ao exercício do sufrágio, que exige do Estado aparelhamento materialmente adequado, com dispêndios vultosos, mais vultosos ainda no que concerne à segurança pública – e patrimonial, é claro, como próprio da leitura liberal do estado de direito – quanto aos quais todos, de alguma forma, se põem de acordo, numa espécie de consenso unânime que Rawls, desde a edição de sua obra “Liberalismo Político”, deixa de considerar como uma verdade para qualificá-lo tão somente como um entre os muitos argumentos em favor de uma sociedade bem ordenada e justa (Mastrodi, 2008).

Isso se pode dizer a respeito do direito à segurança alimentar, que cobra do poder público participação ativa numa autêntica rede mundial de proteção desde a produção do alimento, seu preparo, até o seu consumo. E mundial, na exata medida em que a globalização do comércio internacional de alimentos assim exige.

Portanto, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais – e não se tergiversa sobre isso –, é apenas de grau ou quantidade, como já acentuava Mastrodi (2008), com apoio na lição de Ana Paula Barcellos (2011, p. 21-272), para quem é possível até que “os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isto não significa que eles apresentem custo zero”.

E nesse ponto, do custo dos direitos sociais, é que parece se colocar todo o fundamento dos que pretendem lhe recusar aplicação direta ou a natureza de direito originário, certamente sem considerar as prioridades constitucionais a respeito da realização das despesas do Estado, juridicamente vinculadas a tal primazia constitucional e com ênfase tal que, quando a objeção firmada na inexistência material de recursos for verdadeira, estar-se-ia diante de uma autêntica confissão de:

uma conduta inconstitucional anterior por parte da autoridade pública porquê [...] se de fato não há recursos físicos ou alocados no orçamento – e, ao mesmo tempo, condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser atendidas a um indivíduo, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com a prioridade estabelecida pela Constituição. E estes, indubitavelmente, têm como meta o desenvolvimento do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições próprias de sua dignidade (Barcellos, 2011, p. 272).

A dignidade humana se constitui em princípio fundamental inscrito no art. 1º, inc. III², da CRFB/1988 não como uma “simples declaração de conteúdo ético e moral, mas se constitui norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, carregado de eficácia, alcançando [...] a condição de valor jurídico da comunidade” (Sarlet, 2019, p. 74).

Trata-se, nos dizeres de Sarlet (2019, p. 74), de “autêntico valor fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico”.

Ora, mesmo a reflexão a respeito desse bem-estar compatível com a dignidade da pessoa, precede a que diz respeito ao que seria do próprio direito à vida para os despossuídos, se o Estado não lhes assegurasse alimentação e alimentação qualificada, isto é, segura, no mínimo necessário que fosse à sua respectiva manutenção.

Ana Paula de Barcellos (2007), em seu já referido trabalho intitulado *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*,

2 O art. 1º, inc. III, da CRFB/1988 assim dispõe: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – A dignidade da pessoa humana” (Brasil, 1988, s.p.).

demonstra como é possível a partir da ideia de um neoconstitucionalismo, assim entendido aquele que do ponto de vista material incorpora explicitamente ao texto das constituições, valores e, sobretudo, opções políticas, notadamente no que “diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais [...]” construir uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos” (Barcellos, 2007, p. 9), o que se constitui em um dos desafios do neoconstitucionalismo, na medida em que enseja conflitos específicos e gerais.

Os específicos, salienta a autora, desde a necessidade de harmonizar, numa sociedade como a de nossos dias, colisões – por vezes apenas aparentes –, de diferentes comandos constitucionais de difícil convivência em determinadas circunstâncias, como – exemplifica – sucede com a livre iniciativa³, os princípios de proteção ao consumidor e ao meio ambiente.

Já os de ordem geral, se travam entre os substancialistas, de um lado, e os procedimentalistas, de outro, com nítida repercussão sobre a intensidade de controle ou filtragem judicial dos atos e omissões do poder público e, em consequência, sobre a legitimidade da própria intervenção judicial, sempre questionada diante do princípio da interdependência dos poderes que, entretanto, se curva, necessariamente, frente aos direitos fundamentais da pessoa, protagonista e única destinatária dos bens da vida, e sem a qual a própria ordem jurídico- constitucional não teria sentido qualquer.

É de Barcellos a conclusão:

[...] a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado [...] (Barcellos, 2007, p. 10).

A questão se aprofunda, assinala a ilustre autora, quando se trate dos direitos a prestações materiais do Estado, como a renda mínima, educação, habitação e saúde, na medida em que envolvem decisões a respeito do uso de

3 Convém enfatizar, no ponto, a proeminência da regra inscrita no art. 170 da Constituição da República brasileira, incisiva no sentido de que mesmo “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

recursos públicos, de todos sabido limitados, e que a Administração Pública busca efetivar através de políticas públicas que envolvem gastos, e, em consequência, escolhas e prioridades sob a influência direta, todavia, das opções constitucionais sobre os fins que devem ser buscados prioritariamente. Ou seja: “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política: ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais” (Barcellos, 2007, p. 12), cuja centralidade e supremacia num estado constitucional democrático são absolutamente indiscutíveis, e com tamanha intensidade que não se pode divergir de Barcellos (2007, p. 12), quando afirma que “a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas e dispêndio de recursos públicos”, e de tal modo o faz, que “o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer”.

É verdade que em um estado constitucional, ainda assim, o poder político poderá modificar as regras jurídicas a que se encontra submetido, mas não é menos verdade que diante das denominadas cláusulas pétreas (cláusulas não passíveis de modificação), como as que respeitam aos direitos fundamentais, nada há a fazer senão submeter-se, qualquer que seja o grupo político no poder – de alternância periódica, como típica do regime democrático. Isso não significa que não haja espaço para deliberações majoritárias a propósito das políticas públicas e dos respectivos recursos, mas apenas que tais deliberações estão submetidas a certas condicionantes jurídico-constitucionais, e, a partir de, e como consequência dessas, ao controle ou sindicância do poder judicial, encarregado da guarda da Constituição e da dissipação da tensão sempre existente entre o princípio da maioria e o Estado Constitucional.

A força ou eficácia vinculativa das normas referidas aos direitos sociais, são reconhecidas por Jorge Miranda (2011) e Canotilho (2017). Para estes doutrinadores esta se constitui, no mínimo, em parâmetro de controle judicial de eventual inconstitucionalidade das providências adotadas pelo legislador ordinário.

Contudo, essa atividade legislativa concretizadora é obrigatória, prioritária e vinculada às diretrizes constitucionais. Na esteira do pensamento de Neves (2017), é judicializável o direito a um mínimo essencial garantido pela própria Constituição, pondo a salvo, contudo, de qualquer controle judicial, a ampliação desse conteúdo mínimo.

Não é este, porém, o pensamento que se defende neste artigo, na medida em que só pela análise do caso concreto é que se poderia concluir neste ou em outro sentido. A ampliação poderia ser necessária em determinado caso e desnecessária em outro, notadamente diante da indeterminação jurídica acerca do que realmente seja o mínimo existencial.

É óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, até mesmo para que se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certa e determinada prestação do Estado que desborde dos limites do razoável, mas também não se pode esquecer a finalidade da arrecadação de recursos públicos, que outra não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição (Barcellos, 2011).

A reserva do possível não pode servir de pretexto ou de biombo para, assim ser protegido dos olhares da sociedade, o Poder Público, no uso de sua liberdade conformadora, optar por priorizar outros setores da cena política e acabar por restringir o núcleo intangível de um conjunto não passível de redução de condições mínimas necessárias à própria subsistência do indivíduo.

O direito à alimentação adequada é um desses direitos fundamentais indispensáveis e deve ser resguardado, notadamente por ser, segundo Ayres Britto (2018) uma condição para uma democracia fraternal. Afinal, como bem pontuou o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Ayres Britto,

“Sem os direitos fundamentais o indivíduo é sub-indivíduo; o cidadão é sub-cidadão; não há ser humano sem direitos fundamentais” (Secretaria da Justiça e Cidadania, 2016, s.p.).

Sobre o tratamento legal conferido ao direito à alimentação adequada no Brasil e no mundo, será dedicada a próxima seção.

2 A importância de discutir políticas públicas e sociais

As políticas públicas são instrumentos essenciais dos governos para que se possa lutar pela conquista, exercício, como também pela manutenção do poder político e como estratégia importante para a intervenção social no sentido de corrigir falhas no mercado. Representa a soma das atividades realizadas pelos governos, que conseguem influenciar a vida dos cidadãos (Souza, 2006).

Neste sentido, Boneti esclarece que: A busca das raízes epistemológicas de políticas públicas implica, antes de tudo, considerações de qual Estado se

refere. Trata-se de explicitar o entendimento que se tem sobre a relação entre o Estado, as classes sociais e a sociedade civil, pressupondo que é nesta relação que se origina os agentes definidores das políticas públicas. (Boneti, 2010, p. 18)

As políticas públicas são em síntese um conjunto de disposições, medidas e procedimentos que norteiam a orientação política do Estado e acompanham atividades governamentais na realização de tarefas de interesse público. As suas teorias estão sempre buscando uma relação entre Estado, política e sociedade (Matias Pereira, 2010). Todavia, as ações de intervenção serão uma expressão do modelo econômico que regem as relações políticas e a gestão governamental.

Cabe ao Estado criar mecanismos que estimulem a participação da sociedade no processo de criação, estratégia e gestão das políticas públicas, posto que, as ações não podem ser todas de caráter maniqueísta ou destinadas a atender a dinâmica de um determinado grupo. Desta forma, governantes e governados possuem a possibilidade de construir um projeto público democrático. Ademais, lembra Pereira (2015) que:

Trata-se, pois, a política pública, de uma estratégia de ação, pensada, planejada e avaliada, guiada por uma racionalidade coletiva na qual tanto o Estado como a sociedade desempenham papéis ativos. Eis porque o estudo da política pública é também o estudo do Estado em ação (Meny e Toenig) nas suas permanentes relações de reciprocidade e antagonismo com a sociedade, a qual constitui o espaço privilegiado das classes sociais (Ianni) (Pereira, 2015, p. 96).

A política social é um instrumento aplicado pelos governos para regular e complementar as instituições de mercado e estruturas sociais. A política social é frequentemente definida como serviços sociais como educação, saúde, emprego e seguridade social. No entanto, também diz respeito à redistribuição, proteção e justiça social (Borgianni; Montano, 2015).

Assim, busca trazer as pessoas para o centro da formulação de políticas, não fornecendo bem-estar residual, mas integrando suas necessidades e voz entre os setores, gerando estabilidade e coesão social. Também é fundamental para que os governos a utilizem pragmaticamente para garantir o apoio político dos cidadãos e para promover resultados econômicos, aumentando o capital humano e o emprego produtivo (Borgianni; Montano, 2004).

Podendo assim criar instrumentos que visem o desenvolvimento humano e econômico que, a longo prazo, beneficiará a todos, aumentando a demanda doméstica e criando sociedades coesas e mais estáveis. Ademais, pode destacar oportunidades para aumentar a equidade e se concentrar em políticas sociais selecionadas crucialmente para a preparação de estratégias de desenvolvimento nacional que sejam inclusivas (Borgianii; Montaña, 2004).

3 O tratamento legal dado ao direito à alimentação adequada no Brasil e no mundo

A alimentação adequada é reconhecida como um direito humano fundamental, garantido por diversas legislações e tratados internacionais. Segundo Behring e Boschetti (2016), a alimentação adequada refere-se ao acesso regular e permanente a alimentos nutritivos e seguros, que sejam culturalmente adequados, respeitando os princípios de variedade, qualidade, quantidade e harmonia com o meio ambiente. Essa concepção de alimentação vai além do simples consumo de calorias, abrangendo também aspectos relacionados à segurança alimentar e nutricional.

No contexto dos direitos humanos, a abordagem da alimentação como direito se baseia na ideia de que todos os seres humanos têm o direito de ter acesso a uma alimentação adequada para garantir sua sobrevivência e desenvolvimento. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o direito à alimentação adequada é um direito humano fundamental, inerente a todas as pessoas (ONU, 2023). Esse direito está consagrado em diversos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A inclusão da alimentação como direito humano está relacionada à compreensão de que a fome e a desnutrição são violações dos direitos humanos. Como afirma Bonfim (2005), a fome é um fenômeno social e político, e não apenas um problema técnico ou natural. Nesse sentido, garantir o direito à alimentação adequada implica não apenas fornecer alimentos suficientes, mas também combater as desigualdades sociais, promover a inclusão social e criar condições para que todas as pessoas tenham acesso a uma alimentação saudável e de qualidade.

No Brasil, o direito à alimentação foi incluído pela Proposta de Emenda à Constituição nº 47-B de 2003, transformada na Emenda Constitucional (EC) 64/2010, objetivando “considerar a alimentação como direito humano fundamental e consolidar a segurança alimentar e nutricional como política de Estado” (Brasil, 2010, s.p.).

Assim, a rigor o direito à alimentação em regra não exigiria inclusão expressa no texto constitucional, posto que não apenas pode ser presumido de outros princípios constitucionais como também consta expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXV, nº 1, bem como em outros Tratados e Convenções Internacionais nas quais o Brasil é signatário.

No Brasil, o direito à alimentação adequada é abordado em diversos documentos e normas legais, e sua compreensão requer a análise integrada de diversos fatores.

Vejamos, o direito à alimentação adequada é implicitamente abordado na Constituição Federal, que estabelece o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Além disso, o princípio da segurança alimentar e nutricional é mencionado no artigo 3º, inciso III, como um dos objetivos fundamentais da República.

A Lei nº 11.346/2006, conhecida como Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, é um marco legal que estabelece as diretrizes da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) e reforça o direito humano à alimentação adequada.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), regulamentado pela Lei nº 11.947/2009, garante o direito à alimentação escolar, buscando assegurar a oferta de refeições saudáveis e adequadas para estudantes da rede pública.

O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), criado pela Losan, é uma estrutura de gestão que tem como objetivo articular ações e programas para garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Por sua vez, o Programa Bolsa Família é um programa de transferência de renda, que tem como um de seus objetivos a promoção da segurança alimentar e nutricional, buscando garantir o acesso à alimentação adequada para famílias em situação de vulnerabilidade.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê o direito à alimentação adequada como um dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Acrescente-se que o Brasil é signatário de acordos e tratados internacionais que reconhecem o direito à alimentação como um direito humano, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc).

Esses são apenas alguns exemplos, e a efetivação do direito à alimentação adequada no Brasil requer ações coordenadas em diversas áreas, como saúde, educação, agricultura e assistência social, visando garantir a disponibilidade, acessibilidade e qualidade dos alimentos para toda a população.

Nas últimas décadas, a segurança alimentar ganhou importância na agenda mundial. Os debates sobre a sua delimitação conceitual ocorreram nos níveis internacional, regional e nacional. Diversos conceitos foram construídos de acordo com as diferentes culturas e com as peculiaridades de cada época. Simon Maxwell e Timothy R. Frankenberger (1992) ressaltam que até 1991, cerca de 180 conceitos de segurança alimentar já haviam sido catalogados no mundo. Essa intensa produção adveio das discussões lançada no seio das Organizações intergovernamentais e da literatura especializada na temática alimentar.

O arcabouço criado e constantemente atualizado, perpassa pelo histórico do desenvolvimento da segurança alimentar desde a década de 1970, até os dias atuais (Nascimento; Andrade, 2010). A abordagem histórica é necessária nesta obra para demonstrar a evolução da segurança alimentar, que perpassa pelo combate à fome e à desnutrição, até alcançar a sua especialização com a preocupação centrada na segurança sanitária do alimento⁴.

O principal motivo para a crescente preocupação com a segurança alimentar desde meados de 1970, decorreu da crise alimentar global que aconteceu

4 Conforme o conceito elaborado por Ediná Alves Costa (2009, p. 17): “A regulação sanitária é um exercício de poder, por isso que a Vigilância Sanitária detém o chamado poder de polícia que lhe permite limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público [...]. Compreende-se, assim, que o poder é um atributo para o cumprimento do dever que tem o Estado de proteger a saúde. Na busca da segurança sanitária, a vigilância sanitária, como braço especializado do Estado para a regulação em saúde, deve acionar tecnologias de intervenção, informações, metodologias e estratégias afinadas com o conhecimento científico atualizado e os valores estabelecidos na nossa Constituição.”

nesse período⁵. O foco principal estava nos problemas do fornecimento, principalmente em dois fatores: a disponibilidade e a estabilidade de preços dos alimentos básicos. Esse cenário impulsionou a *Food and Agriculture Organization* - FAO⁶, a realizar a Primeira Conferência Mundial de Alimentação no ano de 1974, direcionando a criação de políticas públicas a questão da produção de alimentos. Nessa oportunidade, a FAO entendeu que a segurança alimentar se relacionava com a “disponibilidade em todos os momentos de fornecimento mundial adequado de alimentos básicos para sustentar uma expansão constante do consumo de alimentos e compensar as flutuações na produção e nos preços [tradução nossa]” (ONU, 1974, s.p.).

Ultrapassado o auge da crise alimentar e com algumas políticas já concretizadas em decorrência da Revolução Verde, os especialistas entenderam que o problema da alimentação não consistia apenas na produção de alimentos (que representava a disponibilidade e a estabilidade), envolvia aspectos mais amplos de acesso pela população, que não possuía recursos para adquiri-lo (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, 2003).

Em 1983, a FAO expandiu o conceito, visando “garantir que todas as pessoas tenham acesso físico e econômico aos alimentos básicos de que precisam” (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, 1983, s.p.) Assim, a segurança alimentar passou a abranger três dimensões: a disponibilidade, a estabilidade e o acesso.

Em continuidade, o Banco Mundial lançou um relatório em 1986, introduzindo um conceito sobre a insegurança alimentar, dividindo-o em dois enfoques: a insegurança crônica e a insegurança transitória. O primeiro demonstra o cenário da ausência de alimentos suficientes de maneira contínua, que gera problemas de saúde e, até mesmo, a morte da pessoa. Essa situação

5 Conforme o conceito elaborado por Ediná Alves Costa (2009, p. 17): “A regulação sanitária é um exercício de poder, por isso que a Vigilância Sanitária detém o chamado poder de polícia que lhe permite limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público [...]. Compreende-se, assim, que o poder é um atributo para o cumprimento do dever que tem o Estado de proteger a saúde. Na busca da segurança sanitária, a vigilância sanitária, como braço especializado do Estado para a regulação em saúde, deve acionar tecnologias de intervenção, informações, metodologias e estratégias afinadas com o conhecimento científico atualizado e os valores estabelecidos na nossa Constituição.”

6 A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), é a principal Organização que promove os compromissos e os acordos sobre a alimentação no cenário internacional.

pode decorrer da impossibilidade de adquirir ou produzir alimentos em contextos de conflitos armados ou de crises financeiras. O segundo cenário mostra que essa inadequação da dieta é temporária ou sazonal, seja pela instabilidade de preços dos alimentos, seja pela escassez momentânea, mas que pode gerar os mesmos efeitos maléficos do primeiro cenário. No estudo do Banco Mundial, se construiu outro conceito de segurança alimentar que trouxe algumas novidades, pois entendeu que se tratava do “acesso de todas as pessoas, em todos os momentos, a comida suficiente para uma vida ativa e saudável” [tradução nossa] (Banco Mundial, 1986, s.p.)

A partir dos anos de 1990, uma nova vertente passou a ser debatida. Tratava-se de justificável preocupação com a qualidade do alimento, etapa que pode ser compreendida como a quarta dimensão do conceito. Isto porque, em um primeiro momento, os aspectos nutricionais foram absorvidos, com o objetivo de assegurar além do acesso, a qualidade de vida às pessoas. A qualidade cultural que se consubstancia nas preferências alimentares de uma determinada comunidade também foram destacados como um viés importante na alimentação. Nesse trilhar, o Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), elaborado no ano de 1994, adicionou esse novo componente da segurança alimentar como um dos eixos determinantes ao direito humano à alimentação adequada. A construção estabelecida conta com vários fatores multisetoriais (saúde, nutrição, lazer, trabalho, seguridade social, entre outros), a fim de que se chegue efetivamente à denominada “segurança humana” (United Nations Development Programme, 1994)

Cabe mencionar que o direito humano à alimentação já estava positivado em documentos internacionais, antes mesmo do aprimoramento da segurança alimentar. Dentre eles, estão a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁸ e a Declaração Universal sobre Erradicação da Fome e Desnutrição

7 Nesse sentido, o Artigo XXV da Declaração menciona que: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (ONU, 1948, s.p.).

8 Disposições específicas sobre a segurança alimentar estão no art. 11, item 1, do Pacto (ONU, 1966).

de 1974. No cenário nacional brasileiro, o direito à alimentação consiste em um direito social, conforme o caput do art 6º da CRFB/1988.

Em continuidade a essa evolução, a qualidade sanitária e a biológica marcam uma renovação na quarta dimensão da segurança alimentar. Segundo Roberto Grassi Neto (2013, p. 68), esses dois termos “[...] decorrem tanto do atendimento aos requisitos mínimos de higiene estabelecidos pelas autoridades sanitárias, como da ausência de qualquer tipo de contaminação [...]”. Assim, o autor alerta que as contaminações podem advir tanto de substâncias consideradas tóxicas ao ser humano, quanto de eventual modificação genética que introduza no alimento algum ingrediente que cause riscos à saúde do consumidor.

Em 1996, as quatro dimensões já estavam formalmente consolidadas, sendo que o novo conceito foi debatido na Cúpula Mundial sobre a Segurança Alimentar, principal reunião mundial entre chefes de Estado e governantes sobre os problemas da alimentação. Nesse evento promovido pela FAO, se estabeleceu que a segurança alimentar revelava que os indivíduos deveriam ter “[...] a todo momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, a fim de levarem uma vida ativa e saudável”¹⁰. Em 2003, a FAO publicou uma nova revisão refinando o conceito, mas não trouxe modificações substanciais (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, 2003).

No cenário nacional brasileiro, o conceito de segurança alimentar funciona como diretriz para a formulação e implementação de políticas públicas

9 Diz o art. 6º da CRFB/1988: “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. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária” (Brasil, 1988, s.p.).

10 Nesse ponto cabe mencionar que a Cúpula Mundial sobre a Segurança Alimentar de 1996, produziu a Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial, reafirmando o direito humano das pessoas de terem acesso a alimentação nutritiva e segura, pertencentes ao direito básico à alimentação adequada. Um dos objetivos da Declaração está na implementação do direito à alimentação adequada por todos os Estado e atores importantes na erradicação da fome e da desnutrição (ONU, 1996).

de combate à fome e de sanidade e qualidade do alimento¹¹. Busca-se com isso, a concretização do direito social à alimentação e, também à saúde, estabelecidos na CRFB/88 e em documentos internacionais. Contudo, Roberto Grassi Neto (2013) afirma que as políticas públicas nesse setor privilegiam apenas a primeira vertente (combate à fome), e que isso seria um problema de coordenação e de inobservância da evolução da segurança alimentar.

Nesse sentido, a Lei de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346) (Brasil, 2006), elaborada após algumas rodadas de debates no âmbito II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil, em 2004, enuncia tanto o conceito de direito à alimentação adequada, quanto de segurança alimentar, seguindo a tendência internacional já consolidada e explorada acima¹². A referida Lei acrescenta um novo item à dimensão da qualidade do alimento, que se refere à sua “qualidade tecnológica”, detalhe não mencionado expressamente nos documentos internacionais supra-mencionados¹³.

Percebe-se, pois, que o principal viés adotado pelo sistema brasileiro de segurança alimentar está voltado à supressão de deficiências na alimentação de parte da população que não tem acesso ao alimento, tendo em vista que essa é a primeira medida a ser tomada em um país que possui milhares de pessoas desnutridas. Contudo, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e

11 As políticas públicas brasileiras direcionadas ao combate à fome não serão tratadas nesta obra. A título informativo, menciona-se que entre tais políticas públicas, podem ser citadas: a) Diretriz de acesso à alimentação: Programa Bolsa Família (PBF), Benefício de Prestação Continuada (BPC), Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e Programa de Aquisição de Alimentos (PAA); b) Diretriz de abastecimento e mercados institucionais: Programa de Aquisição de Alimentos (PAA); c) Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar; Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater); e, d) Programa de Vigilância Alimentar e Nutricional. Nesse ponto, o denominado “Programa Fome Zero”, apoiava-se nas políticas “a”, “b” e “c”. (Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, 2016).

12 Conforme a redação do caput do art. 2º da Lei: “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população” (Brasil, 2006, s.p.).

13 Nesse passo, cita-se o inciso IV, do art. 4º, da referida Lei: “Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange: [...] IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; [...]” (Brasil, 2006, s.p.).

Nutricional Brasileiro (Sisan) também deve elaborar políticas públicas voltadas à qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos.

Há, pois, necessidade de otimização dessa implementação, seja através da elaboração de políticas públicas direcionadas à segurança alimentar.

Conclusão

Este artigo objetivou discutir o direito humano à alimentação adequada e as políticas públicas direcionadas à efetivação desse direito.

Segurança alimentar é um conceito técnico e multifacetado que está baseado em metas a serem alcançadas no setor alimentar, no estabelecimento de um programa, tradicionalmente desenvolvido em âmbito internacional, que deve ser convertido em políticas públicas pelos Estados. Por outro lado, o direito à alimentação adequada consiste em um conceito de natureza jurídica que tem escopo constitucional, onde se estabelece quais são os titulares desse direito (as pessoas naturais) e os titulares das obrigações (o Estado e os agentes privados que comercializam tais produtos).

Foi visto que o direito à alimentação já foi objetivo de políticas públicas de iniciativa do Governo Federal, instituída inicialmente com o Decreto nº 1.366/1995, e posteriormente implementada por programas governamentais, como os programas Bolsa Família, Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT, entre outros. Ademais, tal direito se encontra regulamentado pela Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional – Lei nº 11.346/2006.

No entanto, apesar da inclusão do direito à alimentação no texto constitucional e da sua regulamentação em lei, sua abordagem normalmente é feita sob a ótica da erradicação à fome, que ainda é um grande desafio ao Poder Público e ao Estado brasileiro.

Discutir o direito à alimentação adequada como um direito fundamental é de destacada relevância por diversas razões, que abrangem aspectos éticos, sociais, econômicos, culturais e de saúde.

Primeiramente, o direito à alimentação adequada é intrinsecamente ligado à dignidade humana. A capacidade de se alimentar de maneira suficiente e nutritiva é fundamental para a existência digna de cada indivíduo. Ademais, a alimentação adequada é essencial para a saúde física e mental. A falta de acesso a alimentos nutritivos pode ocasionar problemas

de saúde, desnutrição, doenças crônicas, além de comprometer o desenvolvimento infantil.

Complementarmente, o acesso desigual à alimentação pode acentuar as disparidades sociais. Assim, garantir o direito à alimentação adequada auxilia na promoção da igualdade, uma vez que todos devem ter a oportunidade de atender às suas necessidades nutricionais básicas.

Também, o reconhecimento do direito à alimentação adequada está estreitamente vinculado à ideia mais ampla de segurança alimentar, que implica não somente em ter acesso a alimentos em quantidade suficiente, mas também a alimentos nutritivos e culturalmente adequados.

Por derradeiro, o debate sobre o direito à alimentação adequada também guarda relação com as questões de sustentabilidade, levando-se em conta a produção e o acesso a alimentos de maneira que respeite os limites do meio ambiente e promova práticas agrícolas sustentáveis.

Destaque-se que como parte da comunidade internacional, os países assumem compromissos ao reconhecerem o direito à alimentação adequada em tratados e acordos internacionais, o que contribui para uma abordagem global na promoção e proteção desse direito.

Do exposto conclui-se que ao reconhecer o direito à alimentação como fundamental, ganha relevo o papel do Estado na criação de políticas públicas e programas que assegurem a realização desse direito para todos os cidadãos, garantindo condições que possibilitem que todas as pessoas tenham acesso a uma alimentação saudável e suficiente, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.

Referências

BANCO MUNDIAL. **Poverty and Hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries**. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 1986. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/166331467990005748/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 15, jan./fev./mar. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. Ed. Renovar, 2011. p. 271-272.

BEHRING, Elaine Rosseti. BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

BONFIM, J. B. **A fome: o que se diz, o que se fez, o que fazer**. (2005). Disponível em: www.senado.gov.br/web/conleg/artigos/especiais/AfomenoBrasil.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

BONETTI, Dilsea. **Serviço Social e ética: convite a uma nova práxis**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2010. BORGIANNI, Elisabete. MONTAÑO, Carlos (Orgs). **La política social hoy**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRITTO, Carlos Ayres. **Constitucionalismo Fraternal: o Novo Paradigma do Direito**. **IV Congresso Nacional de Direito e Fraternidade e o I Congresso do Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade (IEDF)**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ministro-edson-fachin-fala-sobre-importancia-do-conceito-de-fraternidade-no-mundo-juridico/643564495>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. **Políticas públicas de segurança alimentar e nutricional – análise de**

conjuntura, monitoramento da sociedade civil do Consea. CONSEA, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/plenarias/documentos/2016/politicas-publicas-de-san-analise-de-conjuntura>. Acesso em: 20 fev. 2024.

GRASSI NETO, Roberto. **Segurança alimentar:** da produção agrária à proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de gestão pública contemporânea.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXWELL, Simon; FRANKENBERGER, Timothy. **Household Food Security:** concepts, indicators, Measurements. A technical Review. Nova Iorque: UNICEF/IFAD, 1992. Disponível em: <http://socialprotection.gov.bd/wp-content/uploads/2017/06/IFAD-HH-Food-Security-Full-Document.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. IV.

NASCIMENTO, Amália Leonel; ANDRADE, Sonia Lúcia L Sousa. Segurança alimentar e nutricional: pressupostos para uma nova cidadania? **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 62, n. 4, p. 34-38, out., 2010.

NEVES, Helena Telino. **Direito à Alimentação e Segurança Alimentar.** Curitiba: Juruá, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed., Lisboa: AAFDL, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **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://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 2200A XXI) em 16 de dezembro 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Mundial de Alimentos**. Roma 5-16 de novembro de 1974. Nova York: FAO, 1974.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Segurança Alimentar Mundial**: uma reavaliação dos conceitos e abordagens, Relatório do Diretor Geral. Roma: FAO, 1983.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação**. Roma, 1996. Disponível em: <http://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Trade reforms and food security**: Conceptualizing the Linkages. Roma: FAO, 2003.

PEREIRA, Potyara. A. Discussões conceituais sobre política social como política pública e de direito de cidadania. In: BOSCHETTI, I. (Org.). **Política social no capitalismo: tendências contemporâneas**. São Paulo: Cortez, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA. **Palestra do ex-ministro do STF Ayres Britto abre Feira de Direitos Humanos promovida pela Secretaria**. 07.12.2016. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/palestra-do-ex-ministro-do-stf-ayres-britto-abre-feira-de-direitos-humanos-promovida-pela-secretaria/>. Acesso em: 22 fev. 2023.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human development report 1994**. Nova Iorque: UNDP, 1994. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

“CONSIDERAMOS JUSTA TODA FORMA DE AMOR”¹ E A AMEAÇA DE UM RETROCESSO LEGISLATIVO

André Luiz Pancioni²

Gabriela Quinhones de Souza³

Resumo

A decisão proferida na ADI 4277/DF e na ADPF 132/RJ em 2011 pelo então Ministro Ayres Britto foi de suma importância para a comunidade LGBTQIAPN+, pois reconheceu a união estável homoafetiva como forma de entidade familiar, com base nos princípios basilares da Constituição Federal. Importante reconhecer que a proteção e garantia de direitos à comunidade LGBTQIAPN+ são fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva. Assim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal representa um avanço significativo na proteção de direitos dessa minoria.

Palavras-chave: União Estável Homoafetiva. Direito das Minorias. Vedação ao retrocesso.

Abstract

The decision issued in ADI 4277/DF in 2011 by then Justice Ayres Britto was of great importance for the LGBTQIAPN+ community, as it recognized same-sex stable unions as a form of family entity, based on the fundamental principles of the Federal Constitution. It is important to recognize that the protection and guarantee of rights for the LGBTQIAPN+ community are essential for the construction of a more justice, equal and inclusive society. Thus, the decision issued by the Supreme Federal Court represents a significant advancement in the protection of rights for this minority.

Key Words: Same-sex Stable Union. Minority Rights. Non-regression principle.

1 Trecho da música de autoria de Lulu Santos.

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Americana/SP Ex-Registrador Civil das Pessoas Naturais da Capital de São Paulo.

3 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Professora efetiva da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.

Introdução

O presente artigo, com temática acerca da proteção e efetiva concretização dos direitos da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Queer, Intersex, Agênero, Pansexual, Não Binário e outros (LGBTQIAPN+), tem o objetivo de demonstrar a evolução jurídica, sobretudo constitucional, de questões relativas a essa minoria, e a ameaça de um retrocesso legislativo em tais temas. Abordará a ausência de leis editadas pelo Poder Legislativo do Brasil relativas a essa matéria e a indispensável atuação do Poder Judiciário para a tutela de tais direitos. Analisará, além de outras decisões proferidas pelo STF, a decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277/DF e na Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional - ADPF 132/RJ, expressão idônea e icônica de concretização de tais direitos e que estabeleceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. Discorrerá acerca da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, originada na ADPF 132/RJ, na ADI 4277/DF e no REsp 1.183.378/RS, como importante instrumento de concretização de direitos ao possibilitar o casamento homoafetivo em todo o Brasil. Analisará dois projetos de lei: o Projeto de Lei nº 580/2007, do então Deputado Federal Clodovil Hernandes, com o escopo de, pela via legislativa, acrescentar ao Código Civil a possibilidade expressa da união estável e casamento homoafetivo; e, em sentido oposto, o Projeto de Lei nº 5167/2009, que busca a proibição dessas uniões e casamentos, em afronta ao já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. O método utilizado será o dedutivo, processo pelo qual, com base em enunciados ou premissas, se chega a uma conclusão necessária, em virtude de correta aplicação de regras lógicas.

1 Análise da decisão proferida na ADI 4277/DF e na ADPF 132/RJ

O julgamento da ADI 4277/DF⁴ e na ADPF 132/RJ trouxe consequências significativas para a regulamentação da união estável e do casamento homoafetivo no Brasil, como veremos adiante, e essa – a regulamentação – é uma matéria que exige um estudo mais detido sobre o próprio direito e suas fontes, não bastando revisitar apenas o arcabouço legislativo existente no

4 Consulta ao texto completo da decisão está disponível no site do Supremo Tribunal Federal em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>.

ordenamento jurídico pátrio, o que, se feito, tornaria rasa, simplista e incompleta a compreensão do sistema jurídico.

Diante disso, é conveniente fazer uma breve abordagem sobre as fontes do direito, ou seja, de onde se origina. A lei é, sem dúvida, a relevante e mais conhecida origem das normas jurídicas, não sendo, porém, a única. Para além dela, podem ser citados o costume, a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade.

Sobre as fontes do direito, Venosa (2022, p. 200) ensina que:

Entendem-se por fontes diretas, imediatas ou primárias aquelas que, de per si, têm potencialidade suficiente para gerar a regra jurídica. As fontes mediatas ou secundárias são as que, não possuindo o mesmo vigor criativo das primeiras, esclarecem, contudo, os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato, auxílio ou adminículo para a aplicação global do Direito. Desse modo, estabelecendo-se ao lado da lei e do costume, estes como fontes primárias, a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais de direito e a equidade postam-se como fontes secundárias, segundo essa visão, sem que estritamente todos estes últimos institutos possam considerar-se fontes típicas. Advirta-se, porém, que não há unanimidade na doutrina quanto a essa classificação.

Considerando o escopo deste capítulo, realçamos o papel da jurisprudência como importante fonte hodierna do direito, o que é defendido por Venosa (2022, p. 215):

Ainda que não mencionada a jurisprudência em textos legais como fonte, é inafastável esse seu papel. Trata-se, como se vê, de fonte informativa e ilustrativa. A lei e as condições sociais de sua promulgação envelhecem, perdem a atualidade, distanciam-se dos fatos originários; cabe aos tribunais dar novos matizes, novos caminhos na aplicação da lei. É papel da jurisprudência atualizar o entendimento da lei, abrir horizontes, dando-lhe uma interpretação atual que atenda às necessidades do momento dos fatos. A jurisprudência é dinâmica. O juiz deve ser arguto pesquisador das necessidades sociais, decidindo como um homem de seu tempo e do seu meio, não se prendendo a premissas ultrapassadas ou preconceitos renitentes. Aí se coloca toda a grandeza do papel da jurisprudência.

Neste tópico a jurisprudência tem o principal viés. A decisão proferida pelo Min. Ayres Britto em 2011 no âmbito da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ rompeu barreiras e foi uma grande conquista de direitos para a comunidade LGBTQIAPN+, posto que reconheceu a união homoafetiva como forma de entidade familiar, em que o fundamento principal da decisão se deu em razão dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos de relevância social, individual e política de um indivíduo que estão presentes no corpo da Constituição Federal brasileira, com base nos direitos humanos e que se constituem como garantia de direitos de liberdade, vida, saúde, educação, igualdade, dentre outros; todos visando a garantia da dignidade da pessoa humana e ainda limitando a atuação do Estado para fins de preservar tais direito e protegendo o Estado Democrático (Martins, 2021, p. 787).

É fato que os direitos fundamentais são de extrema relevância e, são as expressões constitutivas do cidadão, por isso necessitam de notórias atualizações e inserção de direitos para as pessoas. (...)Adquirir novos direitos é essencial, mas o mais importante é fazer com que os direitos fundamentais já conquistados sejam eficazes e cumpram seu papel social. A real efetividade e garantias dos direitos fundamentais é fatídica e indispensável, porém ainda é um caminho a ser percorrido, necessitamos ainda de muito trabalho, esforços institucionais e muitos debates para que elas são cumpridas. É imprescindível que esta luta continue e, que os direitos fundamentais prevaleçam na sociedade democrática de direitos, para que o risco de retrocesso de direitos não se efetive. (Ferreira e Amorim, 2022, p.103)

No corpo da decisão pode ser notado que o Ministro relator utilizou como fundamento principal os princípios da igualdade; da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal do Brasil e que garantem aos seus cidadãos a proteção de direitos fundamentais, independentemente da sua orientação sexual, raça ou cor de pele.

A decisão proferida nos autos da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ foi de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, posto que reconheceu, pela primeira vez, que casais homoafetivos devem ter suas relações protegidas e reconhecidas juridicamente, tal qual os casais heterossexuais, resultando em avanço significativo de proteção de direitos a grupo de minoria que sempre

enfrentou dificuldades no reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário.

Para além disso, a decisão também impactou em mudança cultural e social ao afirmar que a orientação sexual não pode ser motivo para negativa de direitos ou da proteção destes, muito menos, a possibilidade de discriminação e de tratamento diferenciado de relações jurídicas semelhantes. A partir desta decisão estereótipos foram rompidos para a criação de uma sociedade mais justa, inclusiva e menos preconceituosa em relação às uniões homoafetivas.

É certo que a sociedade brasileira ainda possui um longo caminho a ser traçado para fins de banir o preconceito que envolve as famílias homoafetivas, mas a decisão de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo foi um divisor de águas, pois “O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão”. (Dias, 2007)⁵

Vale ressaltar que o Ministro Ayres Britto, antes de proferir sua decisão, promoveu ampla discussão sobre o tema, por meio da oitiva de diversos segmentos da sociedade brasileira, alguns admitidos como *amicus curiae* nos autos da ação. Após o debate social, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi necessário e trouxe benefícios concretos à parcela da sociedade que sofria com discriminação e o não reconhecimento de suas uniões, que antes eram analisadas como espécies de sociedades e não no âmbito do direito de família.

Tal como destacado na decisão, o art. 226 da Constituição Federal indica que a família merece especial atenção e proteção do Estado, independentemente da forma como tenha sido formada ou da sua constituição, ou seja, se homoafetiva, heterossexual, por membros únicos, por mães solo, etc. A Constituição Federal não faz qualquer distinção entre os diversos de tipos de família, mas continua a manter relações para com o Estado, que ademais possui o dever de respeitar a sua forma de constituição, já que no âmbito da autonomia privada, o que por outros termos é indicado a menor interferência do Estado na forma de constituição de família/entidade familiar.

5 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+-C3%A0+diferen%C3%A7a>. Acesso em: 08 nov. 2023.

Aliás, o reconhecimento de uniões estáveis por casais heterossexuais não permitiu, sequer, que a nomenclatura de união estável pudesse causar diferenciação com o ente família. Assim, em razão do princípio da igualdade e, também, como base no art. 226 da Constituição Federal, a entidade familiar formada por união estável homoafetiva também não pode sofrer distinção a qualquer tipo de constituição de família ou de entidades familiares.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar permitiu aos pares homoafetivos resolverem questões para além da afetividade em si, mas que impactavam a vida dos casais na esfera patrimonial e previdenciária. Ou seja, caso a união venha a ser dissolvida, a competência para a análise será das varas de famílias e a partilha de bens será feita de acordo como o regime de bens escolhido. Ademais, em caso de falecimento de um dos conviventes, os juízos orfanológicos deverão analisar a questão com base no direito sucessório (diga-se, que o STF também já reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que atribuía tratamento diferenciado à sucessão em razão de casamento e união estável), em que o convivente sobrevivente terá seu direito à herança garantido, bem como ao recebimento de benefício previdenciário em caso de morte.

Dessa forma, totalmente acertada a decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto, que, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, reconheceu ser aplicável o art. 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, reconhecendo a sua constituição como entidade familiar.

2 Regulamentação do Casamento Homoafetivo No Brasil – Resolução nº 175/2013 do CNJ e a atual realidade brasileira

Como visto acima, diversas são as fontes do direito, e cada uma delas impacta a interpretação dos institutos jurídicos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Feita essa pequena observação, optamos por começar este tópico pela fonte primária e principal do direito, a lei, abordando a atual legislação brasileira sobre a união estável e o casamento.

De início, pondera-se que a união estável e o casamento são institutos jurídicos diversos e específicos, com previsão constitucional e legal próprias, dando-lhes o ordenamento jurídico pátrio tratamento expresso e minucioso.

A começar pela Constituição Federal, cume de todo o sistema normativo, a união estável e o casamento são considerados modalidades de família, e dada a importância desta como base da sociedade, têm tratamento constitucional textual no Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, constante do Título VIII – Da Ordem Social, preconizando princípios e estatutando regras, nos termos dos artigos 226 e seguintes.

Regulamentando os dispositivos constitucionais, há inúmeros diplomas legislativos acerca dos temas, muitos até já alterados e revogados. Nessa linha, afere-se que o Código Civil é o que mais densamente traz disposições, em caráter genérico, sobre o casamento e a união estável. Outros diplomas abordam questões mais específicas.

No tocante à união estável, percebe-se uma importante evolução legislativa pelas sucessivas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, substituídas pelo atual Código Civil. Recentemente, a alteração da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, pela Lei nº 14.382/22, trouxe previsões expressas de temas que lhe são relacionados, como o seu registro e dissolução.

Com relação ao casamento, pode-se indicar a já mencionada Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos, com disposições sobre a habilitação, celebração e registro de casamento, bem como a averbação de sua dissolução.

Embora vasto o tratamento jurídico relativo ao casamento e à união estável, nota-se que não há lei específica, em sentido formal, sobre a união estável e o casamento civil homoafetivo, devendo-se aplicar a legislação já existente, que, embora faça menções relativas à união estável e ao casamento heteroafetivo, nada mais é do que uma regulamentação geral de tais institutos.

Na verdade, sob a nossa ótica, não haveria necessidade de regulamentação específica para os homoafetivos, sendo necessário lei apenas para adequar o texto legislativo existente, substituindo a expressão homem e mulher, quando constante, pela expressão pessoas, observando-se o que já foi reconhecido pela via jurisdicional como um direito constitucional.

Assim, a adequação dos termos textuais da legislação seria suficiente, não sendo necessária lei que dispense tratamento específico acerca da união estável ou do casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo, mas apenas fazendo constar expressamente do texto que tais pessoas são livres e podem

constituir família, exercendo os mesmos direitos e observando os correlatos deveres das uniões e casamentos heteroafetivos.

No entanto, a ausência de lei em sentido formal para efetivar a adequação textual sobre a matéria, como já observado neste trabalho, não obsteu a concretização do direito das pessoas de mesmo sexo de serem reconhecidas e protegidas pelo Estado suas uniões estáveis e casamentos.

Como já analisado, o marco de maior relevância para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas foram as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que se reconheceu inconstitucional a distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo.

Após isso, inspirado nesta icônica decisão, e seguindo a firme orientação principiológica nela sedimentada, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial - RESP 1.183.378/RS, com relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, irradiando para o casamento os efeitos da decisão da Suprema Corte com relação à união estável.

É relevante lembrar que, de acordo com o preceito constitucional constante do parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Seu cumprimento é, pois, obrigatório.

Nessa ordem de ideias, e considerando a jurisprudência como fonte do direito, como já discutido anteriormente, nota-se que, mesmo à míngua de lei, o direito se consubstanciou, inovando o tratamento jurídico do tema no território nacional e produzindo os respectivos efeitos.

Superada a controvérsia jurídica acerca da possibilidade dessas uniões e casamentos, viu-se a necessidade de serem alcançados os efeitos práticos decorrentes dos direitos reconhecidos pelo Poder Judiciário, possibilitando sua concretização direta e efetiva, sem o que esvaziado estaria o pronunciamento jurisdicional.

Além disso, sua aplicação imediata era medida de rigor. Isso porque, ao se reconhecer um direito fundamental, determina a Constituição que estes devem ser imediatamente aplicados, nos termos do parágrafo 1º do seu artigo 5º.

De mais a mais, a força obrigatória das decisões proferidas, em virtude de seu caráter vinculante, impõe o dever de seu cumprimento pela Administração Pública e pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse ponto, a fim de justificar a edição da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, como mecanismo de concretização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, importante observar 2 aspectos: Administração Pública e Poder Judiciário.

No tocante à vinculação da Administração Pública e o dever de cumprimento do então decidido, houve reflexos diretos nos serviços notariais e de registro, que são públicos, embora exercidos por delegação a particulares. Ou seja, notários e registradores estão vinculados à Administração Pública.

Os reflexos se deram porque a formalização de uniões estáveis e casamentos são realizados perante os tabeliães e oficiais de registro civil das pessoas naturais. Assim, as decisões do STF e do STJ impactaram a rotina dos serviços das unidades extrajudiciais.

Já a vinculação do Poder Judiciário e o dever de cumprimento de tais decisões se justifica por ser ele o órgão ao qual se incumbe a regulação da função pública notarial e de registro. Por determinação constitucional e legal, é de competência do Poder Judiciário fiscalizar e estabelecer normas técnicas para os serviços notariais e de registro, de acordo com os arts. 103-B, § 4º, I, II e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal, e arts. 30, XIV, e 37 e 38 da Lei nº 8.935 (Brasil, 1994).

Assim, de uma forma ou de outra, era relevante e indispensável a atuação do Poder Judiciário, agora na esfera administrativa, para dar cumprimento às decisões jurisdicionais e possibilitar a aplicação prática delas.

Em virtude disso, coube ao Conselho Nacional de Justiça, por sua presidência, editar, em 14 de maio de 2013, a Resolução nº 175, norma técnica que dispôs acerca da habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. A norma em comento trouxe disposições expressas apenas com relação ao casamento, mas, no que couber, também se aplica às uniões estáveis, uma vez que estas constam dos motivos que determinaram sua edição.

Trata-se a Resolução de uma norma técnica, um ato normativo de natureza administrativa que auxilia na execução da lei ou do Direito, trazendo especificidades sobre o seu modo de aplicação.

Pela referida Resolução vedou-se, expressamente, qualquer recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Tal vedação quer dizer que a homossexualidade das relações entre pessoas não pode constituir obstáculo para o casamento, permanecendo a necessidade de serem preenchidos os requisitos e de serem observadas as vedações legais para o casamento.

A Resolução reforça, ainda, o dever de cumprimento do seu conteúdo pelas serventias, reafirmando que qualquer recusa por tal circunstância deve ser comunicada ao juiz corregedor competente, para que este tome as providências pertinentes, reiterando a função correccional do Poder Judiciário em relação a elas, estabelecida pelo art. 236, §1º, da Constituição Federal.

Enxuta e objetiva, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça apenas declarou o direito ao casamento homoafetivo, não estabeleceu direitos diferentes, nem fez exigências maiores que os dos casamentos heteroafetivos, visando apenas evitar tratamento distinto a qualquer espécie de casamento.

Nesse sentido, todas as espécies de casamento são aplicáveis aos casais homossexuais, seja por conversão, por celebração e até mesmo a aplicação de efeitos civis ao casamento religioso.

O casamento homoafetivo deve observar os requisitos gerais constantes da atual legislação, como, por exemplo, capacidade e inexistência de impedimentos, incidindo também as causas suspensivas. Da mesma forma, é necessário o processo de habilitação para o casamento junto ao Oficial de Registro Civil competente

Enfim, todas as normas já existentes acerca do casamento são igualmente aplicáveis ao casamento homoafetivo, sem qualquer distinção de tratamento.

Apenas para citarmos – já que não é objeto direto da Resolução, no tocante à união estável homoafetiva, na mesma linha de pensamento, devem ser observadas as normas já existentes, que valem para qualquer espécie dessa união. Assim, ela se configura na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o propósito de constituir família.

Não se constituirá caso incida as causas de impedimento para o casamento, salvo no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Recentemente, a Lei nº 14.382/22 trouxe importantes alterações da Lei de Registros Públicos, prevendo expressamente o registro da união estável no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais de domicílio dos companheiros, consolidando situação já admitida por normas administrativas emanadas do Poder Judiciário.

A Resolução nº 175⁶ do Conselho Nacional de Justiça foi a normativa que uniformizou nacionalmente a matéria. Alguns Estados da Federação, como São Paulo, antes mesmo da Resolução do CNJ, escorados nos citados precedentes das Cortes Superiores, já haviam autorizado a celebração dos casamentos civis homoafetivos.

Em São Paulo, por exemplo, a mudança paradigmática lastreada na decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto se deu quase um ano antes da normativa nacional. Ocorreu quando, em decisão do Conselho Superior da Magistratura⁷, proferida em maio de 2012, por relatoria do Desembargador José Renato Nalini, autorizou a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nela ficou assentado que:

As ementas da Adi 4277-DF, 5.5.2011, relatoria do atual Presidente do STF, Ministro AYRES BRITO, são eloquentes (...)

(...)

A partir da sinalização das Cortes Superiores, inúmeras as decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados. Inclusive em São Paulo. Se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional.

6 O texto completo da Resolução nº 175 do CNJ pode ser consultado em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 19 fev. 2024.

7 União estável - conversão. Casamento homoafetivo - pessoa do mesmo sexo. CSMSP - Apelação Cível: 0034412- 55.2011.8.26.0071, Localidade: Bauru, Data de Julgamento: 31/05/2012, Data DJ: 06/07/2012 Relator: José Renato Nalini. Ementa: REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS – recurso interposto contra decisão que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo – orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.183.378) - Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional - Recurso provido.

Disponível em: <https://kollsys.org/f38>. Acesso em: 19 fev. 2024.

Como servos da Constituição – interpretada por aquele Colegiado que o pacto federativo encarregou guardá-la– os juízes e órgãos do Poder Judiciário não podem se afastar da orientação emanada em caráter definitivo pelo STF.
(...)

Mais recentemente, na mesma linha, o novel Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial, editado pela Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, pelo provimento 149, de 24 de agosto de 2023, com relação ao casamento, repetiu, em seu art. 554, o conteúdo da já apontada Resolução nº 175/2013, estabelecendo o dever de comunicação da recusa ao juiz corregedor respectivo, a fim de que este proceda às providências cabíveis.

No tocante à união estável, previu expressamente no art. 537 que esta se pode constituir por homem e mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo.

É possível afirmar que a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça representou um importante instrumento para a concretização dos direitos civis reconhecidos nas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, normatizando, uniformizando e possibilitando o exercício dos direitos pelos companheiros e casais homossexuais em todo o Brasil, o qual já atingiu a marca de 111.112 casamentos homoafetivos registrados⁸.

O direito é uma construção diária, baseada nas necessidades sociais e no bom senso de seus operadores e pensadores. O Ministro Ayres Britto, ao decidir a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, erigiu, pois, um sólido alicerce, que possibilitou também o casamento homoafetivo, inovando de maneira legítima o direito.

3 Evolução das decisões do supremo tribunal federal em matéria de reconhecimento de direitos à comunidade LGBTQIAPN+ – Reconhecimento de Direito Fundamental

Muito se ouve e pouco se discute, de fato, sobre o preconceito à comunidade LBTQIA+ no Brasil e não são raras as vezes em que os direitos dessas minorias são diminuídos e tratados com pouca ou nenhuma respeitabilidade

⁸ Dados fornecidos pela Central de Informações do Registro Civil – CRC Nacional, mantido pelo ON RCPN – Operador Nacional do Registro Civil de Pessoas Naturais.

por parte daqueles que não admitem a necessidade de regulamentação própria para proteção e coibição de ameaças a direitos a esse grupo de pessoas.

Neste ponto é importante frisar que o legislativo brasileiro, mormente marcado por pautas de costumes, e com uma forte bancada de cunho religioso e fundamentalista, não vem admitindo a análise de projetos de lei que protegem a comunidade LGBTQIAPN+, o que torna necessária a atuação específica do Poder Judiciário, situação essa que vem sendo denominada de ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, diante da inoportuna omissão legislativa, e, em outros casos, por arguição da violação à dignidade da pessoa humana, tem tido a oportunidade de analisar algumas questões envolvendo a comunidade LGBTQIAPN+ e seus direitos.

O reconhecimento de direitos à população LGBTQIAPN+, tal como ocorreu com a declaração de validade e constitucionalidade da união estável homoafetiva, antes referida, caminha a passos lentos. Porém, os temas já analisados são de suma importância para a proteção de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade física, psíquica e jurídica.

Serão destacadas algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca de direitos da comunidade LGBTQIAPN+, não havendo qualquer tentativa de se esgotar o tema, dada sua profundidade. As decisões ora escolhidas levam em consideração a repercussão no âmbito do direito das famílias e da dignidade da pessoa humana, valor axiológico de principal importância da Constituição Federal, e que norteia o direito fundamental de proteção do ser humano.

Assim, começamos pelo destaque da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF⁹, que reconheceu a possibilidade de alteração de nome e de sexo da pessoa transgênero, sem a necessidade de realização de cirurgia de redesignação de sexo. Tal decisão produz notáveis efeitos nos direitos de personalidade e também no direito das famílias, influenciando institutos jurídicos como nome, parentalidade, filiação, bem como união estável e casamento entre pessoas da comunidade LGBTQIAPN+.

⁹ Texto completo da decisão disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 20 dez. 2023.

A possibilidade de alteração de nome e de gênero fundamenta-se nos valores constitucionais da liberdade individual, igualdade e na constituição de uma sociedade mais igualitária e justa, de forma que o ser humano possa desenvolver suas potencialidades e sua personalidade de acordo com a autonomia da vontade.

O fato de ter sido realizada, no momento do registro de nascimento, e de acordo com os critérios biológicos, a designação de sexo para a pessoa, não exclui a possibilidade de alteração do registro para que fique de acordo com a identidade de gênero reconhecida pela própria pessoa que pleiteia a alteração. Caso contrário, o desenvolvimento da personalidade ficaria prejudicado e, em consequência, a dignidade da pessoa humana. Assim, a alteração depende de ato exclusivo de manifestação de vontade, como reflexo do princípio da autonomia privada.

Acredita-se que a possibilidade de alteração do nome e de sexo para adequação à identidade autopercebida, independentemente de realização de cirurgia de redesignação de sexo, tratamento hormonal e etc, está totalmente de acordo com o preceito constitucional de dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com a norma infraconstitucional de autonomia privada. Exigir a realização da cirurgia é submeter a pessoa a desnecessário procedimento invasivo, o que, como já visto, se mostra desnecessário, modificando a antiga compreensão acerca de sexo até então prenotados pelos registros.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio (trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADI 4275/DF)

Essa decisão do STF está alinhada com as tendências internacionais de respeito aos direitos humanos e à igualdade de gênero. Além disso, contribui para a proteção da saúde física e mental das pessoas transgêneros, uma vez que a exigência de cirurgia pode ser uma barreira para o acesso a tratamento de saúde adequados. Logo, tem-se como acertada a decisão proferida pelo STF no que tange à alteração do nome e de sexo para as pessoas transgêneros, cuja dignidade não pode ficar limitada a questões de moralidade e preconceito.

Outra decisão que merece destaque é a que reconheceu como crime a conduta de homofobia. O fato de o Brasil ser o país que mais provoca morte entre as pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ no mundo, segundo relatório da Associação Nacional de Travestis e Transsexuais¹⁰, bem como a omissão legislativa acerca disso, desencadeou a necessária e premente proposição de demanda ao Poder Judiciário, com o objetivo de analisar condutas de ofensas, agressões e crimes contra essa categoria.

O Supremo Tribunal Federal, na ADO 26¹¹, fundamentado na laicidade do Estado brasileiro e nos princípios, dentre outros, da felicidade, da vedação à discriminação em razão de orientação sexual ou de identidade de gênero, reconheceu que a conduta de homofobia e de transfobia se equipara ao racismo em sua dimensão social, e que, em caso de violação do direito à vida, a conduta se equipara ao homicídio com motivo torpe, até que sobrevenha legislação própria para tanto.

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispõem às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! (Trecho da ementa da ADO 26).

O pronunciamento em tela evidenciou que toda pessoa, dentro do espectro da autonomia da vontade, e de acordo com a sua liberdade sexual, orientação sexual e identidade de gênero, deve ser respeitada, cabendo ao Estado proteger e coibir qualquer ameaça à sua dignidade e liberdade. É possível que as pessoas discordem sobre o tema, mas não é permitido que, em razão da discordância, haja agressão ou discurso de ódio que inflija a parte da sociedade discriminação ou violência física, nem que a mora do legislador deixe descoberto direito de parcela da população brasileira.

10 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-01/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-transsexuais-no-mundo>. Acesso em: 10 nov. 2023.

11 Texto completo da decisão disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 22 dez. 2023.

A criminalização dessas condutas demonstra que a sociedade brasileira não admite a intolerância e aponta que o Estado está disposto a proteger os direitos das minorias. Foi um passo significativo no combate à violência e à discriminação das pessoas da população LGBTQIAPN+. No plano internacional, corrobora a outros países e organizações internacionais que o Brasil está avançando, mesmo que vagarosamente, na proteção dos direitos humanos, e que está comprometido em promover a igualdade e a tolerância.

Mais uma decisão que merece ser mencionada é a que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que promovia tratamento sucessório diferenciado entre união estável e casamento. Embora não seja específica para a comunidade LGBTQIAPN+, esta decisão acaba por trazer consequências para todos os tipos de uniões estáveis, sejam elas homoafetivas ou heterossexuais, haja vista que o companheiro passou a integrar a cadeia sucessória em igualdade com o cônjuge.

Aproveitando essa abordagem, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto com o Recurso Extraordinário 646721/RS¹², ao analisar o escopo do art. 1.790 do Código Civil para fins sucessórios, indicou que não havia distinção entre a união estável homoafetiva e a heterossexual, nos moldes da decisão já proferida pelo Ministro Ayres Britto, quando do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132/RJ. Assim, o Código Civil, quando se refere ao direito sucessório do companheiro, não faz distinção ao tipo de união estável, nem à forma de sua constituição.

Com relação ao direito sucessório, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Código Civil, ao trazer prescrição distinta no tratamento sucessório entre a união estável e o casamento, ofendeu a Constituição Federal, em especial o art. 226, pois fez distinção entre as formas de família e colocou o companheiro em situação de desvantagem em relação ao cônjuge no tratamento sucessório, ocorrendo verdadeiro retrocesso legislativo, posto que as normas 8971/94 e 9278/96 já buscavam a equiparação sucessória entre cônjuge e companheiro.

Assim, entendeu o Supremo que o Código Civil inseriu no ordenamento jurídico hierarquia entre os tipos de família, dando superioridade àquela

12 Texto completo da decisão disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 22 dez. 2023.

formada pelo casamento, em detrimento à formada pela união estável, o que se mostra incompatível com a Constituição Federal, que indica que a formação familiar está no âmbito da autonomia privada, não cabendo ao legislador infraconstitucional atribuir valor a qualquer forma da família, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana.

É perceptível, pois, que todas as decisões colacionadas e comentadas promoveram a evolução da jurisprudência, reconhecendo e concretizando direitos básicos e fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, que nada mais são do que direitos inerentes à própria condição de pessoa humana.

4 Projeto De Lei 580/2007 e a ameaça de um retrocesso legislativo

O Projeto de Lei nº 580/2007 foi proposto em março do referido ano pelo então Deputado Federal Clodovil Hernandes, para fins de acrescentar ao Código Civil a possibilidade expressa da união entre pessoas do mesmo sexo, por meio de contrato, garantindo aos companheiros regras sucessórias. O projeto seguiu a tramitação legislativa regular, tendo o respectivo parecer, porém, perdido a eficácia, em virtude da saída do seu relator.

Em paralelo ao Projeto de Lei nº 580/2007 foram anexados outros oito projetos de lei (4914/2009, 5167/2009, 1865/2011, 5120/2013, 3537/2015, 5962/2016, 8928/2017 e 4004/2021), que, em apertada

síntese, visam a permissão de união estável ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Destaca-se, dentre eles, por ser o único a contrariar os demais, o Projeto de Lei nº 5167/2009, cujo texto visa a proibição da união estável ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando, assim, que eventuais relações possam ser consideradas entidades familiares.

Em continuação à tramitação do originário Projeto de Lei nº 580/2007, foi nomeado como relator o Deputado Federal Pastor Eurico e, no último trimestre de 2023, foi noticiada na mídia a discussão do projeto na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família, em que o debate¹³ acerca do tema ganhou notoriedade.

¹³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1006272-comissao-aprova-proje-to-que-proibe-o-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/>. Acesso em: 19 jan. 2024.

Em que pese existir a decisão do Supremo Tribunal Federal datada de 2011 e a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, a votação vencedora foi de aprovação do Projeto de Lei nº 5167/2009 – repise-se, o único contrário –, que tramitava em apenso, com a rejeição dos demais. Ou seja, a Comissão da Câmara dos Deputados do Brasil aprovou o projeto que busca a proibição da união, casamento e reconhecimento de entidade familiar nas relações homoafetivas.

A tramitação legislativa não se encerrou e deverá, ainda, ser votada na Comissão de Direitos Humanos e na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, para, após, ser enviada ao Senado Federal, em conformidade com o regular processo legislativo pátrio.

Com isso, verifica-se que a intenção do legislador, neste momento, aponta para um retrocesso na garantia e concessão de direitos para as famílias já constituídas na forma homoafetiva, bem como para as futuras famílias que se pretendem constituir.

Percebe-se que o relator do Projeto de Lei nº 5167/2009, num primeiro momento, indica o conhecimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, porém afirma que a Corte extrapolou suas competências, e que cabe ao legislador tratar do tema. Usou, ademais, como base fundante questões de preceito religioso, em que afirma que o casamento civil não pode interferir no casamento religioso, bem como indicando que o “casamento entre pessoas do mesmo sexo é contrário à verdade do ser humano” e, ainda, lamentando a retirada da homossexualidade da lista de transtornos mentais¹⁴.

Nota-se que a justificativa legiferante do relator é absurda do ponto de vista jurídico. Isto porque o direito é uma ciência social e, como tal, deve refletir as modificações sociais e, em especial, as novas formas de composição familiar, que surgem para diversos fins como a perpetuação da espécie, o aplacamento da solidão, o melhor o convívio entre as pessoas e fomentar a afetividade.

O conceito do que vem a ser considerado como família ou entidade familiar no direito brasileiro vem sendo alterado no tempo, em conformidade com as transformações sociais, culturais e jurídicas.

14 Disponível para consulta em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/346155>. Acesso em: 19 jan. 2024.

Num primeiro momento, considerava-se família a construção social entre pessoas de sexo diferentes, com a finalidade de gerar prole, em que todo o poder de decisão das questões familiares era concedido ao homem, o então chefe da família e detentor do pátrio poder). A mulher, no contexto do Código Civil de 1916, era considerada relativamente incapaz. Nota-se, neste modelo familiar, as regras do patriarcado, em que a família e os bens eram geridos pela figura do homem.

Importante lembrar que apenas na década de 60, com o Estatuto da Mulher Casada, a mulher passou a ter um pouco mais de poder de decisão sobre as questões familiares, como, por exemplo, requerer a guarda de filhos, sem que ainda fosse considerada plena a sua capacidade.

Outra norma importante, que refletiu a alteração social, foi a Lei do Divórcio, em que o casamento poderia ser dissolvido. Contudo, a norma da década de 70 ainda impingia às mulheres a pecha de divorciadas, sendo consideradas pessoas que não respeitavam os bons costumes, o que, em consequência, implicava discriminação aos filhos do casamento então desfeito.

Com a Constituição Federal de 1988, o art. 1º indicou que o principal valor axiológico da norma é a pessoa com a sua dignidade, bem como o art. 5º introduziu no ordenamento jurídico o princípio da igualdade entre os sexos e estabeleceu que a família é considerada como a base da sociedade, cabendo ao Estado a intervenção mínima, permitindo, porém, que as pessoas pudessem estabelecer formas familiares diversas daquela tradicionalmente concebida.

Assim, a família passa a ter como maior centro a relação entre pessoas, e não mais a constituição de patrimônio, como na legislação anterior, pondo fim à ideia de inferioridade da mulher, permitindo o fim do casamento e impedindo a distinção dos filhos quanto à sua origem.

O art. 226 da Constituição Federal também estabelece um conceito mínimo de família, como aquele formado entre homens e mulheres. Nesse sentido, a interpretação da Constituição Federal não deve ser feita de forma literal, mas sim de acordo com os movimentos sociais, ou seja, família pode ser constituída entre homens, mulheres e grupos de pessoas reunidas por meio da afetividade.

Nesse contexto, por exemplo, não é demais lembrar que, na sociedade brasileira, o número de famílias monoparentais – aquela formada entre um

dos genitores e seus filhos – é expressivo, e, na maioria dos casos, são lideradas por mulheres, que são sobrecarregadas com as funções de provedoras de meios materiais e de cuidadoras dos filhos¹⁵.

Interpretar de forma diversa o texto constitucional é negar direitos às demais espécies familiares, como a família monoparental. A jurisprudência tem desenvolvido, como já visto, um substancial papel nessa interpretação.

Nesse mesmo sentido, a legislação infraconstitucional, em 1992 e, após, em 1995, estabeleceu critérios para a formação de uniões estáveis, que surgiram na sociedade após a permissão dos divórcios e a formação das famílias chamadas de segunda união, que, até então, não estavam asseguradas pelo direito brasileiro.

Em 2002, com o atual Código Civil, passa-se a enxergar a família com um viés social, afetivo, plural, igualitária entre homens e mulheres em deveres e direitos. E, com a evolução da interpretação legislativa feita pelos doutrinadores, a família e a entidade familiar poderiam ser constituídas de forma hetero ou homoafetiva (Farias e Rosenvald, 2022).

Quando surgiu o tratamento jurídico da união estável pelo ordenamento jurídico pátrio pensou-se, unicamente, no modelo heterossexual de família. Contudo, as uniões homoafetivas já eram uma evidente realidade na sociedade brasileira, sendo que a ausência do tratamento da matéria ocasionava a violação dos direitos dos conviventes, sobretudo no que se refere à previdência social, seguros de vida, direito sucessório, dentre outros. Diante disso, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como válida a união homoafetiva no Brasil, garantindo, assim, os direitos dos conviventes.

Naturalmente, a sociedade e as famílias continuaram – e continuam – a se desenvolver e evoluir para novas situações e formatos. Com isso, o conceito de família e de entidade familiar no Brasil não ficou limitado às formações hetero e homoafetivas, admitindo-se, também, novas construções de laços pela afetividade, o que demanda novas e atuais regulamentações, o que vem sendo realizado pelos tribunais, ante à omissão do Poder Legislativo.

15 Boletim DIEESE de março de 2023 indica que cerca de 50,8% dos lares brasileiros são liderados por mulheres. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2023/mulheres2023.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

É o que se observa nos casos das famílias multiparentais, em que, com fundamento na afetividade, é possível que uma pessoa tenha mais de um pai ou mãe, diversamente das formas então conhecidas. A socioafetividade pode se revelar de diversas formas, como pela convivência, pela reprodução assistida ou em outras situações em que a família é construída por tal vínculo. Outra forma – muito polêmica e ainda não admitida juridicamente, embora existente – é a situação de poliamor, em que entidades familiares são construídas por três ou mais pessoas, que convivem e estabelecem entre si laços efetivos de afetividade.

É importante lembrar, ainda, que um conceito alargado de família, para fins de aplicação de medidas protetivas e sanções, também foi trazido pela Lei Maria da Penha. Logo, é possível a aplicação da lei para casos de agressão ocorridas em relações de afetividade entre namorados, pessoas transexuais, relações hetero e homoafetivas, dentre outras.

Nessa ordem ideal, é possível verificar que o conceito de família, para o direito brasileiro, vai muito além do conceito tradicional ou modelo ideal defendido pelo relator do Projeto de Lei nº 580/2007. No contexto de pluralidade da sociedade brasileira deixar de proteger todas as formas de construção familiar é um equívoco que deixaria muitas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, a formação da família está atualmente baseada no pluralismo, e olhar por este prisma permite que todas as formas de constituições familiares sejam protegidas e reflitam as alterações sociais. Pensar de forma diferente é permitir o retrocesso legislativo e jurisprudencial sobre as questões familiares. Logo, o Projeto de Lei nº 580/2007 deveria ter sido admitido em sua forma originária, ou seja, para permitir textualmente na legislação brasileira a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito das famílias, que veda o retrocesso social. [...] nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte. O legislador precisa

ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. (Dias, 2016, p. 73)

Assim, acertada a lição acima que indica a vedação ao retrocesso legislativo, princípio que norteia o direito em geral e o direito de família contemporâneo, em que ao legislador não é permitido suprimir ou reduzir direitos já conquistados socialmente com o respaldo do Poder Judiciário. O princípio tutela os direitos sociais e o Estado Democrático de Direito, protegendo a dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade, com evidentes reflexos no direito familiar.

A família, hodiernamente, pode ser considerada como uma estrutura que é constituída entre pessoas com a finalidade de concretizar expectativas próprias, pessoais e afetivas em sociedade, de forma multifacetada e plural. Assim, o conceito de família sempre estará em constante mutação, sendo necessário levar em consideração os fenômenos sociais que se alteram ao longo do tempo (Farias e Rosenvald, 2012), não se prendendo a questões como a diferença de sexo entre as pessoas, mas o vínculo afetivo que os une.

Considerações Finais

Diante do explanado, o presente artigo, com temática acerca da proteção e efetiva concretização dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, demonstrou a evolução jurídica, sobretudo constitucional, de diversas matérias afetas a essa minoria.

O Poder Legislativo do Brasil, em virtude de pautas de costumes e questões religiosas e fundamentalistas, não tem editado leis que protegem a comunidade LGBTQIAPN+, tornando indispensável a atuação do Poder Judiciário.

Nessa linha, afirma-se que foi coerente e certa a decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto na ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, estabelecendo ser aplicável à união homoafetiva, legítima entidade familiar que é, o art. 1.723 do Código Civil. O julgado, como legítima fonte do direito, foi o necessário gatilho da regulamentação da união estável e do casamento homoafetivo no Brasil.

A Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, inspirada no decidido na ADPF 132/RJ, na ADI 4277/DF e no REsp 1.183.378/RS representou um importante instrumento para a concretização dos direitos civis reconhecidos

nas referidas decisões judiciais, normatizando, uniformizando e possibilitando o exercício dos direitos pelos companheiros(as) e casais homossexuais em todo o Brasil.

O Projeto de Lei nº 580/2007, do então Deputado Federal Clodovil Hernandes, é compatível com essa evolução jurídica, uma vez que objetiva, pela via legislativa, acrescentar ao Código Civil a possibilidade expressa da união entre pessoas do mesmo sexo, por meio de contrato, garantindo aos companheiros(as) regras sucessórias.

Em sentido oposto, o Projeto de Lei nº 5167/2009, que busca a proibição da união, casamento e reconhecimento de entidade familiar nas relações homoafetivas, foi anexado ao Projeto de Lei nº 580/2007. Ele afronta o já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, viola os princípios da vedação ao retrocesso e da segurança jurídica, e está em descompasso com a plural sociedade brasileira e com o hodierno conceito de família. Constitui, assim, uma tentativa de retrocesso legislativo e social.

Se toda forma de amor é considerada justa, como eternizado pelo cantor Lulu Santos em sua canção, o retrocesso legislativo e a violação de direitos já consolidados devem ser rechaçados pelo sistema jurídico pátrio, como sinal de respeito aos valores estatuídos pela Constituição Federal.

Outras importantes decisões do Supremo Tribunal Federal promoveram a evolução da jurisprudência, reconhecendo e concretizando direitos básicos e fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, que nada mais são do que direitos inerentes à própria condição de pessoa humana.

Registramos, à evidência do estudo, que o Ministro Ayres Britto, sensível à dignidade da pessoa humana, foi um eloquente defensor dos direitos fundamentais, e muito contribuiu para a proteção e concretização de direitos da comunidade LGBTQIAPN+.

Referências

Câmara de Deputados Federal. Processo Legislativo do Projeto de Lei nº 580/2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1006272-comissao-aprova-projeto-que-proibe-o-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/> Acesso em: 20 jan. 2024.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175/2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 19 fev. 2024.

Conselho Superior da Magistratura. Apelação Cível: 0034412-55.2011.8.26.0071, Localidade: Bauru, Data de Julgamento: 31/05/2012, Data DJ: 06/07/2012 Relator: José Renato Nalini. Disponível em: <https://kolls.org/f38>. Acesso em: 19 fev. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos.** Disponível em: <https://berenicdias.com.br/a-familia-homoafetiva-e-seus-direitos/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o Direito à Diferença.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a>. 2007. Acesso em: 08 nov. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

FERREIRA, Jones Gonçalves; AMORIM, Antônio Leonardo. **Os Direitos Fundamentais e Suas Fases Para Efetivação da Dignidade da Pessoa Humana.** In: Direitos humanos e direitos fundamentais: uma análise multidisciplinar e Crítica das Garantias Individuais / Organizado por Paulo Eduardo Elias Bernacchi ... [et al.]. – Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito.** 7. Ed. Barueri: Atlas, 2022. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MARTINS, Flavio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MARTINS, Flavio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 22 dez. 2023.

MARTINS, Flavio. **Recurso Extraordinário 646721/RS**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 22 dez. 2023.

O DIREITO DO TRABALHO E A SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Guilherme Sebalhos Ritzel¹

Resumo

Este trabalho tem o intuito de abordar a relação entre os direitos humanos com a seara jurídica trabalhista. Para isso utilizou-se o método indutivo de pesquisa, conceituando os direitos humanos para assim explicar a sua aplicabilidade no mundo do trabalho. Deste modo, é entendido que diversas normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) discorrem sobre o assunto, e por óbvio, muitos dos preceitos da Constituição de 1988 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) são vistos de forma explícita nas relações laborais, embora nem sempre aplicados.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito do Trabalho; Relações laborais.

Abstract

This work aims to address the relationship between human rights and labor law. For this, the inductive research method was used, conceptualizing human rights to explain their applicability in the world of work. In this way, it is understood that several CLT norms and ILO conventions discuss the subject, and obviously, many of the precepts of the 1988 Constitution and the UN Universal Declaration of Human Rights are seen explicitly in labor relations. although not always applied

Keywords: Human rights; Labor Law; Labor relations.

Introdução

O Direito do Trabalho surgiu no Brasil por meio de importantes demandas sociais no começo do Século XX, se consolidando por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) na década de 1940 (que reuniu diferentes leis então vigentes), e tendo sua base fortalecida na Constituição de 1988 como direitos fundamentais. Deste modo, o que esta pesquisa busca é relacionar o conjunto normativo dos Direitos Humanos com a realidade das relações de

¹ Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Franciscana (UFN); graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra); participante do grupo de pesquisa “Trabalho e Capital” (GPTC) vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: guilherme.s.ritzel@gmail.com.

trabalho. Por meio do método indutivo, o artigo se divide em três capítulos. A primeira parte visa explicar os direitos humanos e relacionar o tema com os direitos sociais (considerados direitos de segunda geração). A segunda parte trata especificamente dos direitos humanos relacionados com o mundo do trabalho, considerando que muitos direitos individuais da pessoa humana são protegidos pelo Direito do Trabalho, como a liberdade de escolha no emprego, a não discriminação, e assim também, como o combate ao trabalho análogo à escravidão e ao trabalho infantil.

Por fim, a terceira parte busca uma interação mais específica com os direitos sociais ligados à saúde e ao lazer, também considerados direitos humanos. Neste capítulo o trabalho reflete sobre a limitação da jornada laboral como uma questão primordial para o respeito à integridade física e psíquica dos trabalhadores, possibilitando maior delimitação entre a vida profissional e a vida privada.

Portanto, o que a pesquisa conclui é que é perfeitamente viável relacionar o Direito do Trabalho com os Direitos Humanos. Assim, tem-se essa relação como primordial para que a sociedade atinja um patamar civilizatório mínimo e que respeite a singularidade dos indivíduos, assim como a sua dignidade.

1 Considerações históricas sobre os Direitos Humanos: A evolução normativa até o surgimento do Direito do Trabalho

A evolução do direito moderno tem como fator decisivo alguns marcos históricos e algumas normas que internacionalmente marcaram o mundo jurídico. Deste modo, embora ocorra de fato muitas violações aos direitos da pessoa humana, a história contemporânea é marcada pela evolução do direito em diferentes aspectos (dentre eles o humano).

Tavares (2010, p. 480) explica que com os embates entre a burguesia e a monarquia na Inglaterra do Século XVII surgiram importantes normas como a Petição de Direitos de 1628 e o “Habeas Corpus Act” de 1679. Na mesma linha, o “Bill of Rights” (Declaração de Direitos) de 1688 foi um importante marco constitucional que limitou os poderes do Estado inglês em relação aos indivíduos.

Comparato (2015, p. 34) destaca que a presunção de que o ser humano é digno “por si só”, teve grande embasamento nas ideias de Immanuel Kant,

considerando a premissa de que “todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas”. Na mesma linha, Bobbio (2004, p. 30) explica que no século XVIII foi se consolidando uma concepção individualista da sociedade, influenciada por pensadores como John Locke, tendo por base uma crença de que o Estado não está à frente do indivíduo. Neste sentido, o papel do Estado seria o de “não intervenção”, isto é, o de se abster em relação às ações dos indivíduos e da sociedade, ensejando no que se define como liberalismo político.

Contudo, o pensamento de John Locke contribuiu com a presunção de que o Estado só teria legitimidade para limitar a liberdade de alguém quando fosse necessário para a preservação de direitos fundamentais de outros indivíduos. E nessa mesma linha, já no Século XIX, Stuart Mill afirmou que nenhuma sociedade onde essas “liberdades” (direitos fundamentais) não são no seu conjunto respeitadas, pode se considerar livre. (Bobbio, 1998, p. 711)

Estabelecendo limites para o “poder” do Estado, as constituições norte-americana de 1787 (elaborada após a Declaração de Independência em 1776) e a francesa de 1791 são dois importantes marcos para o que se entende como “Estado de Direito” (Tavares, 2010, p. 483). Tendo em vista as peculiaridades inerentes de cada nação e das suas respectivas formações enquanto Estado, a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” francesa e a Declaração da Virgínia de 1776 merecem destaque como documentos influentes para o constitucionalismo moderno.

Sobre isso, vale mencionar que as duas declarações deram origem às constituições da França e dos Estados Unidos, e cada uma a sua forma, foram importantes para a normatização dos direitos individuais. As chamadas “liberdades públicas” como o direito à vida, de ir e vir, da liberdade de expressão, assim como o de associação, a liberdade religiosa e os direitos políticos traduzem esse espírito de liberdade individual e de limitações ao poder Estatal. (Tavares, 2010, p. 483)

Bobbio (2004, p. 20) discorre que em um segundo momento histórico surgiu a necessidade e a busca por direitos que visam uma maior intervenção estatal, ou seja, direitos de cunho social para concretizar a dignidade humana em um sentido mais material, para além das liberdades individuais e dos direitos políticos (que necessitam do respeito do Estado e da sua “não intervenção”).

Tavares (2010, p. 827) destaca que “os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convêm relembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva”. Desta forma, a efetivação de um direito social não ocorre de maneira apartada de políticas públicas para sua implementação.

Ao fim do século XIX e no início do Século XX, a pressão por melhores condições de trabalho ensejou em uma inclinação mais favorável aos direitos sociais sob o ponto de vista jurídico. Delgado (2017, p. 103) expõe essa diretriz, lembrando como marco histórico da Previdência Social as políticas públicas implementadas por Bismark na Alemanha, assim como marcos importantes do Direito do Trabalho a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar (também alemã) e a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919.

Deste modo, considerando que os chamados direitos de “primeira dimensão” expressam o chamado “Estado de Direito” (mais alinhado com o “liberalismo clássico”), os direitos de “segunda dimensão” definem o “Estado Social”, que nas palavras de Alcalá (2011, p. 608) complementam o direito à vida e a dignidade humana por meio da moradia digna, da saúde, educação e da busca por melhores condições laborais:

O Estado Social e Democrático de Direito ou o constitucionalismo social estrutura uma imbricação diferente entre princípios gerais da organização constitucional do Estado e garantias dos direitos fundamentais. Os direitos econômicos, sociais e culturais inexistentes no Estado liberal vêm a complementar os direitos individuais e políticos, enriquecendo a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana e qualificando a forma de Estado.

Já a partir da Declaração de Direitos da Organização das Nações Unidas – ONU em 1948 é que o sistema de proteção aos Direitos Humanos internacional começa a ganhar coesão. Neste sentido, tal sistema tem como arcabouço o Pacto de Direitos Civis e Políticos, assim como o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais, além também das Convenções que versam sobre temas específicos. (Piovesan, 2012)

Entretanto, muitos autores afirmam que costumeiramente há maior des-caso com os direitos sociais se comparável aos direitos individuais (civis e políticos), desdém que cria a percepção de que apenas os direitos de primeira

dimensão são efetivamente direitos humanos. Sobre isso, Ribeiro (2015, p. 232) faz a seguinte análise:

Mas, de qualquer forma, essa divisão, em que nem sempre se reconhecem os direitos sociais com o mesmo status dos direitos de liberdade, e que possui forte motivação ideológica, levou os direitos humanos a serem regulamentados por dois pactos internacionais diferentes, o dos direitos civis e políticos e o dos direitos econômicos, sociais e culturais que não possuem o mesmo regime jurídico.

Zaro (2013, p. 48) relembra que as dimensões de direitos para alguns autores são definidas em cinco gerações, enquanto outra parte da doutrina destaca três (que o autor sintetiza nos três preceitos da revolução francesa de “liberdade, igualdade e fraternidade”). Neste sentido, após o reconhecimento da liberdade do indivíduo surgiu a necessidade do Estado em diminuir as desigualdades, e posteriormente (no período pós-Segunda Guerra) houve o nascimento da terceira dimensão de direitos, que objetiva o acesso e o usufruto daquilo que é comum para a humanidade (como o meio ambiente e os bens culturais), isto é, aquilo que objetiva a “solidariedade”.

Contudo, considerando o caráter progressivo de conquistas ao longo da história, tais direitos devem ser respeitados conjuntamente. E nesta perspectiva, deve-se ter como reflexão o fato de que inúmeras vezes isso não acontece, ou acontece apenas de maneira parcial, transcorrendo de maneira desigual em diferentes regiões e nações.

Delgado (2017, p. 86) faz uma importante reflexão sobre a ligação dos direitos trabalhistas com os direitos humanos, explicando essa interligação:

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana.

O autor explica que o ramo jurídico trabalhista cumpre o papel social e econômico de incluir uma grande parcela da sociedade no sistema capitalista, possibilitando o consumo e garantindo um mínimo civilizatório para

os indivíduos. Ainda destaca que essa inclusão deve levar em conta que na falta das garantias trabalhistas, os indivíduos que dependem única e exclusivamente da sua força de trabalho não teriam (ao menos muitos deles) condições estáveis de garantir um padrão mínimo de qualidade de vida (ou muitas vezes de subsistência).

No próximo capítulo será debatida a relação entre o Direito do Trabalho com os Direitos Humanos.

2 O Ordenamento Jurídico relacionado ao Direito do Trabalho e aos Direitos Humanos

Os direitos humanos abrangem todos os indivíduos e estão inseridos em todas as peculiaridades da vida humana. Neste sentido, dentre todas as dimensões das relações sociais se inclui também o mundo do trabalho.

O artigo 5º em seu preâmbulo ressalta “o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade” (Brasil, 1988). Alves (2011, p. 1075) destaca que a liberdade de um indivíduo perante o Estado também é válida em uma relação entre empregado e empregador, mas que por óbvio, obedece às peculiaridades inerentes à relação empregatícia:

O contrato de trabalho acompanha o empregado em sua vida pessoal e, inúmeras vezes, uma atividade ou uma ação por parte do trabalhador pode atentar contra o “interesse da empresa”. Ademais, com as novas tecnologias e com o avanço do teletrabalho, a relação de subordinação sofreu diferentes mutações e, em alguns casos, é extremamente difícil discernir as faces do poder empregatício.

Logo, analisar a proteção dos direitos individuais da pessoa humana do trabalhador tem por base a própria peculiaridade da relação de emprego, não devendo a empresa interferir nas escolhas privadas dos empregados no que tange a vida pessoal. Assim sendo, discutir a aplicabilidade dos Direitos Humanos dentro do Direito do Trabalho tem um papel bastante importante e que pode ser visto por meio do próprio ordenamento jurídico relativo aos Direitos Humanos.

Nesta linha, vale ressaltar que a proteção da vida está vinculada a todas as suas dimensões, podendo ser ressaltada a proteção contra acidentes do trabalho (como bem indica, por exemplo, a Convenção 155 da OIT que versa

sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores), a impossibilidade de tortura e de tratamento desumano ou degradante (inciso III do artigo 5º, CF), em consonância com a proibição do trabalho escravo (Convenções 29 e 105 da OIT versam sobre a proibição do trabalho forçado e degradante), e também, a busca pela igualdade no trabalho (considerando a Convenção 111 da OIT que versa sobre a discriminação no emprego e ocupação).

Deste modo, ressalta-se que existe um conjunto normativo relacionado aos direitos humanos e que se relaciona ao mundo do trabalho. Assim, a proteção à pessoa humana abrange as relações sociais em todas as suas diferentes facetas.

É importante mencionar que no Brasil ocorreu um aumento de 61% no número de denúncias de trabalho escravo no ano de 2023 em relação ao ano anterior, conforme dados divulgados pelo Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (Brasil, 2024). Logo, a relação entre os direitos humanos e o direito do trabalho ganha neste tema uma de suas maiores preocupações, considerando o difícil trabalho de resgate de trabalhadores realizado pelas equipes do Ministério Público do Trabalho – MPT.

Como bem assinala Cacciali e Azevedo (2011, p. 944), mesmo que a escravidão seja debatida e repudiada nos últimos séculos, sua prática persiste em diversas regiões no planeta e dentre elas, no Brasil. A dispersão espacial do nosso país com lugares de difícil acesso, a impunidade pela prática e a oferta de trabalho disponível, são problemas que facilitam a ocorrência do trabalho análogo à escravidão. Tal prática persiste nos dias de hoje e tem como vítimas pessoas vulneráveis socialmente, muitas delas idosas e crianças.

Outro importante ataque os direitos humanos, a discriminação, também ocorre de maneira frequente nas relações de trabalho. Por exemplo, em reportagem divulgada pelo Intercept se expôs situações de discriminação contra mulheres, idosos e faculdades populares em processos seletivos de acordo com algoritmos de plataformas para busca de emprego. De acordo com a reportagem, a prática muitas vezes é potencializada pela inteligência artificial:

Vários estudos já mostraram que a automação dificultou significativamente a vida e a carreira de alguns grupos de candidatos. O sistema de aprendizado de máquina pode processar automaticamente correlações machistas, racistas e classistas como decisões corretas. Isso porque o

sistema armazena o comportamento dos recrutadores e, a partir disso, os replica no reconhecimento dos candidatos que considera perfeitos para as vagas. Ou seja, replicam tradicionais vieses, automatizando e intensificando discriminações e preconceitos. (Neves, 2022, p. 1)

Assim, percebe-se que a discriminação que já é histórica contra alguns grupos sociais acaba sendo programada por algoritmos. Tal situação endossa problemas tradicionais na nossa sociedade, isto é, a discriminação contra mulheres e contra negros, e também, contra pessoas consideradas velhas para o mercado de trabalho, ou mesmo menos favorecidas (com pior currículo profissional, com estudo em faculdades menos qualificadas e etc).

Considerando tudo isso, percebe-se que o papel dos direitos humanos está em lidar com problemas crônicos da sociedade que atingem a vida dos indivíduos (e o mundo do trabalho está muito ligado aos problemas cotidianos das pessoas). Dito isso, é inegável que apesar do direito internacional e das legislações pátrias serem importantes marcos regulatórios, na prática as normas enfrentam dificuldades de aplicação tendo em vista os problemas econômicos e os problemas culturais da sociedade.

Porém, é inegável que o debate sobre o tema e a sua inserção no direito (internacional e local) é de suma importância. Não à toa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada e proclamada em 1948, aborda o tema trabalho tendo como perspectiva o combate à discriminação, a liberdade de escolha (seja de emprego como de filiação à sindicato) e a remuneração justa, por exemplo:

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. (ONU, 1948).

Portanto, apesar das dificuldades de implementação, evidentemente que havendo diretrizes internacionais, convenções e legislações, há sim maior possibilidade para que sejam respeitados os direitos humanos vinculados ao trabalho.

Logo, ressalta-se o próprio surgimento da CLT na década de 1940 que coincidiu com o momento de maior crescimento econômico do Brasil, período da urbanização das grandes cidades e do crescimento da mão-de-obra assalariada na industrialização nacional (Brum, 1986, p. 50). Considerando isso, o que se deve afirmar é que o surgimento de normas relativas ao trabalho contribui para uma nova cultura social.

Obviamente que mesmo sendo notório o desrespeito às normas trabalhistas em muitas ocasiões do cotidiano, não se deve deixar de ressaltar que a efetivação de sua proteção tem reflexos importantes aos direitos humanos. Nesta linha, a Constituição Federal de 1988 consolidou o Ministério Público do Trabalho – MPT (artigo 128, I, b), importante órgão fiscalizador das relações de trabalho que atua na proteção e no respeito às condições mínimas de segurança e saúde em ambiente laboral, assim como no combate ao trabalho análogo à escravidão.

Considerando o exposto, conclui-se que a inserção dos direitos humanos na seara do direito do trabalho é primordial para a consolidação de uma sociedade justa e igualitária. Por óbvio, a discussão e o debate não podem ficar apenas no plano abstrato, porém, a normatização possibilita que as instituições avancem na busca pela proteção dos direitos humanos, e também, alcancem resultados satisfatórios.

No próximo capítulo será feita a discussão sobre a importância da regulação da jornada de trabalho para o direito à saúde e para o direito ao lazer.

3 A Regulação de Jornada de Trabalho e a sua importância para o Direito à Saúde e o Direito ao Lazer

A regulação da jornada de trabalho é sem dúvida uma das principais pautas do Direito do Trabalho. Sobre isso, vale lembrar que a redução do tempo laboral está vinculada com outras questões do cotidiano dos trabalhadores, não sendo algo vinculado apenas ao interesse pelo tempo livre, que traz uma possibilidade de maior de lazer e claro, também se vincula com o bem-estar e com a saúde.

O direito à saúde é elencado constitucionalmente como um direito social previsto no artigo 6º da Carta de 1988, sendo mais especificamente explicado no artigo 196 como um direito de todos e um dever do Estado (com devida implementação de políticas públicas para a sua efetivação).

Como bem menciona a Organização Mundial da Saúde – OMS, a saúde se define como “o completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade” (Piovesan, 2012). Sobre isso, deve-se abordar a saúde como um dos mais importantes direitos humanos, pois diz respeito ao bem-estar pleno do indivíduo (o que é essencial para o seu desenvolvimento e para o alcance de outros direitos essenciais).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU afirma no seu artigo 25 que a saúde está ligada à “alimentação, habitação, vestuário, cuidados médicos e serviços essenciais” (ONU, 1948). Ou seja, não se pode abordar o direito à saúde de forma apartada de outros direitos, pois ela está vinculada a todos os aspectos da vida das pessoas, não sendo diferente para a vida no trabalho.

Besancenot e Löwy afirmam que no século XIX, na chamada Segunda Revolução Industrial, a extensão da jornada de trabalho era uma das grandes preocupações sociais, considerando que nas atividades manufatureiras pré-industriais a duração do trabalho era mais vantajosa: “Antes do advento da grande indústria o trabalhador podia viver uma semana inteira com o salário de quatro dias”. (2021, p. 44)

Os autores ainda ressaltam que a preocupação com uma jornada demasiadamente extensa era apontada por Karl Marx como um dos principais males daquele período, constatando que embora o avanço tecnológico fosse uma conquista interessante, não estava trazendo benefícios para a qualidade de vida e para a saúde da maioria das pessoas:

Os horários de trabalho desumanos eram, sem dúvida, aos olhos de Marx, um dos aspectos mais infames da exploração capitalista: doze, quatorze, quinze, dezoito horas por dia, ou mais, eram durações habituais na indústria capitalista do século XIX. Trata-se, insiste o autor, de uma agressão contra as próprias raízes da vida e da saúde do trabalhador, daí o recuo da expectativa de vida registrado em grandes setores da população laboriosa. (Besancenot, Lowi, 2021, p. 50 e 51)

Logo, é de se ressaltar que a preocupação com a saúde dos trabalhadores ensejou na criação posterior da Previdência Social para amparar as pessoas adoecidas e as de idade avançada, e, na própria criação do Direito do Trabalho como se conhece nos tempos de hoje. Não à toa o capítulo V da CLT trata da segurança e da medicina do trabalho do artigo 154 ao 223, regulando temas como o fornecimento de EPI (Equipamento de Proteção Individual) no artigo 166, as hipóteses cabíveis ao adicional de periculosidade no artigo 193 e ao adicional de insalubridade no artigo 189, por exemplo.

Nesta perspectiva, o Direito do Trabalho prevê o cuidado com a segurança e com a saúde, considerando medidas como cuidados com a ergonomia, com o limite de peso que um empregado pode remover individualmente, com assentos, postura correta, entre outras questões. Porém, é importante mencionar que a desproteção à saúde e a segurança é reiterada no nosso país. Nos últimos anos, o Brasil esteve no topo da lista de acidentes de trabalho conforme dados da OIT – Organização Internacional do Trabalho, atrás apenas da China, da Índia e da Indonésia. (Congresso em Foco, 2023)

Outro ponto que se relaciona com a saúde no ambiente de trabalho, a limitação da jornada laboral, interfere na vida privada de muitos trabalhadores. Em tempos em que outras modalidades de trabalho para além do assalariado ganham espaço, e que a própria precarização do Direito do Trabalho se faz notar, discutir a regulação do tempo de horas trabalhadas é muito importante.

O artigo 24 da Declaração dos Direitos Humanos da ONU prevê que; “toda pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas”. Assim, discutir a ideia de tempo livre e vida privada fora do trabalho é essencial.

Os direitos de segunda geração (como já visto anteriormente) são direitos que podem ser traduzidos como direitos de participação e não de abstenção do poder público (Leite, 2020, p. 755). Desta maneira, a limitação de jornada não diz respeito apenas ao aspecto econômico das pessoas, mas também aos demais aspectos do cotidiano. É indispensável tratar esse tema considerando o fato de que muitos trabalhadores por meio de jornadas exaustivas se encontram em situações de adoecimentos físicos e psíquicos, como a síndrome de “burn-out” (Ritzel; Coelho, 2023, 36), logo, considerar que o tempo de trabalho trata de algo aquém do interesse público é cometer um grande erro.

Sobre este assunto, muitos estudos e reportagens jornalísticas estão esclarecendo um interessante fenômeno nos tempos recentes chamado “quiet quitting”, termo em inglês que significa “demissão silenciosa”. Explicando o fato de que muitos trabalhadores mais jovens estão abrindo mão de empregos, que embora com bons salários, não possuem boas condições de trabalho, ou possuem jornadas exaustivas. (PUC-RS, 2024)

Na mesma linha, a preocupação com a delimitação entre trabalho e vida privada ganhou ênfase da comunidade jurídica com o chamado “direito à desconexão”, que como bem assinala Souto Maior (2003, p. 19), é essencial para o lazer das pessoas e para as relações familiares. O autor em texto publicado no ano de 2003 cita como exemplos profissões não protegidas pela regulação do trabalho conforme o artigo 62 da CLT, como caminhoneiros e cargos de gestão, refletindo sobre os malefícios que a desproteção abarca no cotidiano dos trabalhadores (Souto Maior, 2003, p.11).

Portanto, discutir a regulação da jornada de trabalho é de grande importância para a qualidade de vida das pessoas, sendo este um assunto que transcende o aspecto econômico para todos aqueles que vivem do trabalho. Desta forma, a proteção da saúde e do lazer, direitos sociais fundamentais (artigo 6º) da Constituição de 1988, são de fato direitos humanos e devem ter proteção nas relações de trabalho.

Considerações Finais

O Direito do Trabalho se caracteriza enquanto ramo do direito pelo seu viés protetivo e por ser uma importante ferramenta de justiça social e de emancipação das pessoas, possibilitando uma vida digna por meio do salário. Não se pode dissociar a proteção aos direitos humanos da relação onde o indivíduo busca o seu sustento, ou seja, a sua possibilidade de viver, pagar as suas contas e adquirir bens materiais, por exemplo.

Nesta perspectiva, o relacionamento entre o conjunto normativo trabalhista e a finalidade primordial do ordenamento jurídico que é a vida e o bem-estar dos seres humanos deve estar sempre em sintonia. Não por acaso que entre os fundamentos da Constituição da República se encontram a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho (art.1º, IV) em equivalência com a livre iniciativa.

Obviamente que tendo em vista as muitas desigualdades vividas na nossa sociedade, do ponto de vista econômico, social, de gênero e de raça, nem sempre as legislações acompanham um resultado prático almejado. Porém, um dos grandes papéis dos direitos humanos está em diminuir essas desigualdades, mesmo que em um grau menor do que o idealizado.

Portanto, deve-se ter em mente que as relações de trabalho possuem dentre as suas peculiaridades muitas questões pertinentes ao que a Constituição de 1988 entende como direitos fundamentais, e que também o direito internacional busca proteger. E assim sendo, afirma-se que o Direito do Trabalho deve respeitar a dignidade humana na sua individualidade também naquilo que é direito social de toda sociedade.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, sociais e culturais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs). **Direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs). **Direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BESANCENOT, Olivier; LOWY, Michael. **A jornada de trabalho e o “reino da liberdade”**. São Paulo: Editora da Unesp, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 1 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania**. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em 06 jun. 2024.

CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flávio Antonio Gomes. Dilemas da Erradicação do Trabalho Forçado. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs). **Direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONGRESSO EM FOCO. **Brasil registra um acidente de trabalho a cada 51 segundos**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/brasil-registra-um-acidente-de-trabalho-a-cada-51-segundos/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

BRUM, Argemiro. **O desenvolvimento econômico brasileiro**. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. – 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEVES, Ianaira. **Reprovados por robôs**: Como plataformas de inteligência artificial podem discriminar mulheres, idosos e faculdades populares em processos seletivos. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2022/11/24/como-plataformas-de-inteligencia-artificial-podem-discriminar-mulheres-idosos-e-faculdades-populares-em-processos-seletivos/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Genebra, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20que%20trabalha,4>. Acesso em: 18 fev. 2024.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTAL G1. **Brasil registrou maior número de denúncias de trabalho escravo da história em 2023, diz governo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/01/05/brasil-registrou-maior-numero-de-denuncias-de-trabalho-escravo-da-historia-em-2023-diz-governo.gh.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

PUCRS. **Quiet Quitting:** A busca por um ambiente de trabalho mais saudável. Disponível em: <https://online.pucrs.br/blog/quiet-quitting>. Acesso em: 23 fev. 2024.

RIBEIRO, Wladimir António. O saneamento básico como um direito social. **Revista de Direito Público da Economia.** Curitiba, v. 13. n. 52. 2015. p. 229-251.

RITZEL, Guilherme Sebalhos; COELHO, Paulo Vinícius Nascimento. A história do Direito do Trabalho no Brasil e a formação da CLT: Perspectivas para o espaço laboral contemporâneo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** v. 89. n. 4. 2023.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho.** Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 23 fev. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ZARO, Jadir. **Considerações sobre os direitos humanos no Brasil.** Santa Maria: Editora Biblos, 2013.

EMPRESAS INCLUSIVAS: DESAFIOS E OPORTUNIDADES TRAZIDAS PELA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Inajara Piedade da Silva¹

Miriam Graciela Prediger Mainard²

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar, de forma argumentativa, os desafios encontrados pela empresa inclusiva na colocação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Pretende propor uma reflexão, através de uma perspectiva prática, sem se afastar da abordagem teórico-dogmática, sobre a inclusão no mercado de trabalho das pessoas com deficiência. Para isso buscou-se perpassar pelas fases que representam a forma de tratamento dispensada as pessoas com deficiência e as barreiras levantadas pela sociedade. A pesquisa demonstra que a lei de cotas é o instrumento utilizado para inclusão de mais de 90% dos trabalhadores com deficiência no mercado formal. Por fim o relato empírico da inclusão em uma rede de supermercados, demonstrando os desafios e oportunidades que o processo de inclusão proporciona para o grupo empresarial.

Palavras chave: Pessoa com deficiência. Trabalhador com deficiência. Mercado de trabalho. Empresa inclusiva. Inclusão.

Abstract

The objective of this article is to analyze, in an argumentative way, the challenges encountered by inclusive companies when placing people with disabilities in the job market. It intends to propose a reflection, through a practical perspective, without straying from the theoretical-dogmatic approach, on the inclusion of people with disabilities in the labor market. To achieve this, we sought to go through the phases that represent the form of treatment given to people with disabilities and the barriers raised by society. The research demonstrates that the quota law is the instrument used

1 Doutora em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Professora do Instituto Federal do Rio Grande do Sul – Brasil; Investigadora do *Ratio Legis* Lisboa - Portugal; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico – CEBIDJUSBIOMED, inajara.silva@poa.ifrs.edu.br; <http://lattes.cnpq.br/5520522782175997>.

2 Diretora da Rede de Supermercados Baita Super, Leadership na Universidade de Ohio EUA, MBA Gestão de Pessoas pelo Instituto Brasileiro de Coaching, Pós-graduação Linguagens e suas Tecnologias Uniriter.

to include more than 90% of workers with disabilities in the formal market. Finally, the empirical report of inclusion in a supermarket chain, demonstrating the challenges and opportunities that the inclusion process provides for the business group.

Keywords: Person with a disability. Disabled worker. Job market. Inclusive company. Inclusion.

Introdução

Na busca de uma retrospectiva histórica sobre as pessoas com deficiência, encontra-se de forma reiterada a exclusão. As pessoas com deficiência foram ao longo da história humana não só escondidas como também eliminadas da sociedade. Doutrinadores³ de diversas áreas do conhecimento apontam as fases que o tratamento dispensado à pessoa com deficiência era reproduzido pela sociedade da época.

Essas fases, nunca foram estanques, com data inicial e final exata. Ao contrário, ainda hoje é possível aferir atitudes e procedimentos de fases que, em princípio, estariam ultrapassadas. Nesse contexto a trajetória das pessoas com deficiência perpassa quatro fases, a primeira é a fase da eliminação, também chamada de eugenia; seguida pela fase do assistencialismo; a terceira é a fase da integração; e a quarta e última é fase da inclusão, que hoje busca-se viver.

Na primeira fase, a da eliminação, a vida das pessoas com deficiência não tinha valia, as crianças nascidas mutiladas ou ainda aquelas que possuísem aspecto considerados fora dos padrões, eram chamadas monstruosas e mortas, havia autorização da lei romana para essa prática, de acordo redação da Tábua Quarta: “Do pátrio poder e do casamento. 1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos” (LEI DAS XII TÁBUAS, 450 a.C.). Revela-se que na cultura romana as crianças eram propriedade do *pater familia* (Fontes, 2016, p. 19), portanto a prática estava em conformidade com o direito que possui o proprietário de dispor do “bem”.

Atualmente encontramos resíduos dessa fase em poucos povos indígenas, que consentem a prática de eliminação, por diversas razões, entre elas a deficiência. No documentário intitulado “Quebrando o silêncio” a jornalista indígena Sandra Terena (2009), apresenta um trabalho de pesquisa e entrevistas,

3 (Lorentz, 2016, pp. 91-145; Souza, 2016, p. 297; Sassaki, 1997, p. 60).

colhidas ao longo de dois anos em diversas regiões do país. No documentário fica comprovado a prática da eugenia entre esses povos.

O Projeto de Lei nº 1.057/2007, que tramita no Congresso Nacional, dispõe sobre o combate a práticas tradicionais indígenas consideradas nocivas aos direitos fundamentais. O referido projeto ficou conhecido como Lei Muwaji, em razão de uma mãe da tribo dos Suruwahas, que desafiou a tradição de sua tribo e resgatou a vida de sua filha, que seria sacrificada por ter nascido com deficiência.

A segunda fase, a do assistencialismo, foi caracterizada pela piedade e caridade atribuída as pessoas com deficiência, entretanto não estavam elas autorizadas a participar da sociedade. A maioria era segregada e confinada em ambientes de apoio. Um período que pode ser representado pelo personagem literário Quasímodo, do romance publicado em 1831, O Corcunda de Notre-Dame, de Victor Hugo. Na história Quasímodo, uma criança com deficiência, é abandonado à porta da Igreja de Notre-Dame e acolhido pelo padre Claude Frollo.

Essa atitude era frequente nessa fase, as famílias enjeitavam seus entes com deficiência, na maioria das vezes os deixavam nos mosteiros, conventos e hospitais, que tinham um caráter assistencialista. Era comum a existências do Rol dos entrevados principalmente em conventos e mosteiros, onde a criança era colocada de um lado do Rol, em seguida rodava-se para dentro do ambiente assistencialista, com isso não se estabelecia contato entre os familiares do ente abandonado e as pessoas que o acolhiam.

Na Inglaterra esse comportamento causou alterações no século XVII, em razão de desentendimentos do rei Henrique VII e o Vaticano ocorreu um dismantelamento do sistema de abrigo e assistência vigente, que era na época organizado pelo catolicismo em congruência com a caridade. Essa situação levou a população com deficiência, entre outras atendidas pelo sistema assistencialista, ao pauperismo na Inglaterra., fazendo com que Henrique VII promulgasse a primeira “Lei dos Pobres” (Silva, 1987, p. 237).

A “Lei dos Pobres” determinava que os súditos deveriam recolher uma “taxa de caridade”, sem que o problema fosse resolvido, surge em 1531, ancorada na referida lei um ato oficial autorizando os juízes a concederem licença para pessoas idosas e com deficiência, abandonados, de pedir esmolas, limitando

no espaço da própria comunidade ou comunidades vizinhas essa prática (Silva, 1987, p. 237). A pobreza sempre permeou a deficiência.

A seguinte foi chamada fase da integração, marcada pela busca da cura, e principalmente por atribuir a responsabilidade à pessoa com deficiência em estar apta para frequentar a sociedade.

A atual fase, que o mundo busca aperfeiçoar, é a da inclusão, onde a pessoa com deficiência possui características como qualquer outra, e as limitações que impedem de participar da sociedade, estão arraigadas na própria sociedade *disabled*, a deficiência é uma construção social, afastada da própria pessoa.

Durante vários séculos, as pessoas com deficiência foram tratadas sem dignidade e não eram reconhecidas como cidadãs. Foram estigmatizadas, excluídas socialmente e até mesmo mortas ao nascer, sendo confinadas em hospitais. Foi preciso percorrer um longo e difícil caminho, ainda em andamento, para que alcançássemos o ápice da regulação jurídica no reconhecimento da dignidade igual, através da Convenção de Nova Iorque (Brandão, 2023, p. 46).

1 A importância da lei de cotas

Segundo o relatório *Getting to Equal: The Disability Inclusion Advantage*, desenvolvido em parceria com o *Disability: IN* e a *The American Association of People with Disabilities* (AAPD), empresas que empregam pessoas com deficiência são mais lucrativas, apresentando maior lucratividade e margens de lucro. O estudo ainda revela que se 1% mais de pessoas com deficiência fossem inseridas no mercado de trabalho nos Estados Unidos, o PIB do país poderia aumentar em cerca de US \$ 25 bilhões (ACCENTURE, 2018, p. 04).

Essa informação, por si só, seria suficiente para que as empresas mudem a visão mercadológica de que o trabalhador com deficiência traz prejuízos econômicos, entretanto outras razões corroboram para que essa visão distorcida de parte das empresas, infelizmente de grande parte, possa ganhar a devida nitidez social e até mesmo lucrativa.

O primeiro ponto é que o trabalho, seja para pessoa com deficiência ou não, vai muito além de uma simples fonte de renda. Ele representa independência, autoestima e inclusão na sociedade. É o trabalho o propulsor de oportunidades, de desenvolvimento pessoal e profissional, por meio dele o trabalhador desenvolve a autonomia e a sensação de pertencimento à comunidade.

Um relato de um pedreiro de 43 anos, sem deficiência, trazido por Erving Goffman, corrobora com a afirmação de que o trabalho está conectado a dignidade da pessoa humana. No caso apresentado a deficiência não está associada.

Como é duro e humilhante carregar a fama de um homem desempregado! Quando saio, baixo os olhos porque me sinto totalmente inferior. Quando ando na rua, parece-se que não posso ser comparado a um cidadão comum, que todo mundo está me apontando. Instintivamente evito encontrar qualquer pessoa. Conhecidos e amigos antigos de melhores épocas não são mais tão cordiais. Quando nos encontramos, eles me saúdam com indiferença. Não me oferecem mais cigarros e seus olhos parecem dizer 'Você não tem valor, você não trabalha'" (Goffman, 2021, p. 26).

O segundo argumento para mudança de visão das empresas é que elas se beneficiam com essa inclusão, uma vez que as pessoas com deficiência representam uma expressiva parcela da população brasileira. Vejamos o que os dados apontam: uma estimativa global da população de pessoas com deficiência é de aproximadamente 1,85 bilhão (ROD, 2014), no Brasil cerca de 46 milhões de indivíduos possuem algum tipo de deficiência (CENSO, 2010). Essas pessoas não estão sozinhas, amigos, cuidadores e familiares compõem o grupo social, que juntos totalizando aproximadamente 3,4 bilhões de pessoas no mundo. Esses grupos, devido à ligação emocional com indivíduos com deficiência, tornam-se potenciais agentes de inclusão e todos são consumidores (ROD, 2014).

A Lei de cotas é uma das 34 políticas públicas no âmbito federal para pessoa com deficiência (Silva, 2023, pp. 221-222), essa política é apresentada na Lei nº 8.213/91, que prevê no art. 93 a obrigatoriedade de empresas com 100 ou mais funcionários contratarem trabalhadores com deficiência, na proporção de 2% a 5%. O órgão responsável por essa política pública é o Ministério do Trabalho e Previdência.

Empresas que possuem 100 ou mais empregados são obrigadas a essa contratação, na prática verifica-se que muitas não cumprem o dever legal, eis que sobram vagas, enquanto sobram pessoas com deficiência buscando ingresso no mercado de trabalho. Empregadores privados contrataram em 2021, ano dos últimos dados disponibilizado pelo governo, trabalhadores

com deficiência para preencher 50,65% das vagas as quais estão obrigados a realizar contratação. Sobram 49,35% de vagas para trabalhador com deficiência (<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>).

Recentemente tivemos a manifestação do Ministro do Trabalho e Emprego, Luiz Marinho sobre a flexibilização da lei de cotas. No lançamento do Pacto Nacional pela Inclusão Produtiva das Juventudes o ministro afirmou que as empresas não podem ser punidas por não cumprir a cota. Desta forma propôs o ministro que empresas que não atinjam as contratações exigidas pela Lei n.º 8.213/91, teriam a opção de contribuir para um fundo de aprendizagem. Na manifestação o ministro Luiz Marinho explica:

Cheguei a seguinte conclusão, nossa meta é dar oportunidade para a juventude. As empresas não podem ser punidas com autuação pesada por não cumprir a cota. Ela não tem condições naturais de cumprimento, mas ela pode contribuir. Primeiro, arcando com o que é possível. O que não é possível ela pode, e nós vamos propor, criar um fundo, aliás dois fundos, o PCD e o Fundo de Aprendizagem (Marinho, 2024).

De imediato se verifica um ataque aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência. O direito ao trabalho é uma garantia típica do Estado de Direito. está previsto na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e nos artigos 7.º, XXXI, 37, VIII, e 227, II, da CRFB (Brasil, 1988), um ataque da monta do que propõe o ministro é um retrocesso aos direitos já adquiridos por esse grupo social, que acumula exclusões ao longo da história.

Uma possível proposta de flexibilizar a Lei n.º 8.213/91, irá trazer um prejuízo para as pessoas com deficiência, que já encontram barreiras para o ingresso e permanência no mundo do trabalho. De acordo com a estatística de inspeção do trabalho no Brasil em 2020, os dados apontam que 91,97% das pessoas com deficiência estão empregadas pela Lei de Cotas, enquanto 8,03% estão no mercado de trabalho sem seguir essa política de inclusão (<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>). O que ressalta a afirmação de que sem a lei de cotas o ingresso no mercado de trabalho para a pessoa com deficiência beiraria a impossibilidade. Ainda que repetitivo, o reforço se faz necessário: não fosse a lei de cotas não teríamos trabalhadores com deficiência no mercado de trabalho, na proporção que atualmente existe.

Por fim, um fator importante que não pode ser desprezado em todo processo social é a credibilidade que a comunidade atribui ao procedimento. Neste contexto, é importante o caráter participativo das pessoas com deficiência, que se manifesta no lema “Nada Sobre Nós, Sem Nós”, previsto na Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência. O lema estabelece que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relacionadas a programas e políticas que as afetem diretamente (ONU, 2006). Isso possibilita o controle sobre sua vida privada e a participação na vida político-social.

2 A empresa inclusiva na prática: relato de uma empresária do ramo supermercadista

Iniciar a prática de contratação de pessoa com deficiência na minha empresa foi um desafio e uma oportunidade de aprendizado. Como empresária do ramo supermercadista há 21 anos, vi a necessidade de ampliarmos nossa equipe e cumprirmos as exigências dos órgãos fiscalizadores em relação às cotas para pessoas com deficiência. Em 2018, nossa assessoria contábil nos orientou a contratar onze pessoas com deficiência para atender a essas exigências.

No início, confesso que fiquei assustada e com muitas dúvidas sobre como seria esse processo. Tínhamos colaboradores com deficiência na empresa, mas nenhum deles havia sido contratado como pessoa com deficiência. Por isso, a ideia de buscar mais candidatos com esses perfis me inquietava. No entanto, ao lembrar que os colaboradores com deficiência que já integravam à equipe haviam sido selecionados por atenderem os requisitos das vagas, me senti mais tranquila.

Com o crescimento da empresa, a exigência do número de cotas para pessoas com deficiência também aumentou. Foi um desafio encontrar candidatos com deficiência. Entretanto, a prática de contratação de pessoa com deficiência trouxe não apenas a oportunidade de cumprir as cotas exigidas, mas também a chance de proporcionar inclusão e diversidade em nosso ambiente de trabalho. A experiência tem sido enriquecedora e estamos empenhados em continuar fomentando a contratação de pessoas com deficiência em nossa empresa.

Como forma de atuação nossa primeira ação foi conversar com os funcionários com deficiência que já faziam parte da empresa e verificar se estavam interessados em ser adaptados no contrato de trabalho conforme a regulamentação para pessoas com deficiência. Dos sete funcionários com deficiência na época, apenas um demonstrou interesse, enquanto os demais optaram por permanecer como estavam, argumentaram não terem utilizado o laudo médico que caracteriza a deficiência para buscar oportunidades profissionais.

Isso marcou o início do nosso principal desafio, que persiste até hoje: encontrar candidatos com deficiência que também sejam elegíveis juridicamente à luz da lei de cotas. A busca por esses profissionais é constante.

O segundo desafio, que também era uma preocupação inicial, foi preparar a equipe e os gestores para receber as pessoas com deficiência sem gerar conflitos, desinteresse no trabalho ou capacitismo. Esse trabalho foi bem planejado e implementado pela nossa gestora de Recursos Humanos da época, Raquel Siqueira, que elaborou um projeto escrito e o colocou em prática, conscientizando a todos. Hoje, quando recebemos profissionais com deficiência na equipe, a integração é feita de forma tranquila, respeitosa e acolhedora. A equipe está preparada para treinar, ajudar e incentivar.

Os reflexos desse trabalho inicial são visíveis até hoje em nossas lojas. Não enfrentamos dificuldades nos relacionamentos entre os profissionais com e sem deficiência. A empresa evoluiu em termos de desenvolvimento humano, profissional e organizacional, adotando uma cultura inclusiva, respeitosa e valorizando os talentos.

Para alcançar essa evolução, foi preciso que ocorresse investimentos necessários e fundamentais para o sucesso da inclusão. Investimos em estratégias para acolher e integrar corriqueiramente os trabalhadores com deficiência em nossos times. Adaptamos infraestruturas, enraizamos o programa de capacitação e sensibilização. Adaptamos políticas de recrutamento e seleção inclusivas, entre outras ações pontuais realizadas para valorizar essa oportunidade que temos dentro da empresa.

A inclusão de pessoas com deficiência trouxe desafios, como dificuldades de comunicação e adaptação de processos, mas também oportunidades para desenvolver empatia, criatividade e colaboração. A diversidade de ex-

periências e pontos de vista enriqueceu o ambiente de trabalho, incentivou a inovação e promoveu o crescimento coletivo.

A prática da inclusão de pessoas com deficiência não é apenas uma questão de obrigação legal ou uma responsabilidade social, mas uma oportunidade para promover a igualdade de oportunidades, valorizar a diversidade e estimular a inovação. Ao preparar as equipes para trabalhar com pessoas com deficiência, as empresas fortalecem sua cultura organizacional e alcançam melhores resultados em termos de produtividade, criatividade e satisfação dos colaboradores. A valorização da diversidade, o respeito mútuo e a colaboração são fundamentais para o sucesso da inclusão no ambiente corporativo.

Considerações Finais

Em uma sociedade que na maior parte excluiu, verificar o surgimento de empresas inclusivas para pessoas com deficiência é uma evolução que ainda não está presente como padrão, demanda muito trabalho a ser feito.

O relato trazido pela coautora desse artigo demonstra na prática o quanto existem desafios enfrentados pelas empresas, e quando esses desafios são ultrapassados os ganhos que a empresa colhe.

Empresas que reconhecem a importância da diversidade e promovem a igualdade de oportunidades no ambiente de trabalho, são empresas que passaram a enxergar que a diversidade é produtiva e que oferece lucro. Ao adotar práticas inclusivas, as empresas não só contribuem para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, mas também colhem os frutos de um ambiente de trabalho mais diverso, inovador e produtivo, com práticas que trazem ganhos financeiros, como redução do turnover, melhoria da reputação da empresa, aumento da produtividade e inovação, e acesso a novos mercados e clientes.

O “direito ao trabalho não significa que todos nós conseguiremos um trabalho; significa que todos temos a mesma oportunidade para obter um trabalho” (Hesla; Kennedy, 2008).

Nos últimos anos, temos visto um aumento significativo no engajamento das empresas em práticas inclusivas para pessoas com deficiência. Antes marginalizadas e muitas vezes esquecidas, essas pessoas têm conquistado

espaço no mercado de trabalho. É fundamental que mais empresas sigam esse exemplo e se engajem na construção de um mundo mais inclusivo para todos.

Um dos maiores desafios apontados pelas empresas é encontrar trabalhador com deficiência, vão aqui algumas dicas: faça divulgação de vagas entre os próprios funcionários da empresa, pesquisa aponta que a maioria das contratações de uma empresa são realizadas por meio de indicações. Além disso utilize as redes sociais, jornais locais, associação de bairro, rádio etc. informando sobre vagas. Utilize sites, consultorias e agências de emprego especializados em pessoas com deficiência, os programas de empregabilidade do governo também são uma alternativa. Informe-se sobre organizações sociais que atuam com políticas de inclusão no mercado de trabalho. Faça-se presente em eventos que discutem a inclusão.

Referências

ACCENTURE – **Getting to Equal 2018: The Disability Inclusion Advantage**. [Em linha]. Dublin: Accenture; AAPD; Disability:IN, 2018. [Consult. 16 jan. 2024]. https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-89/Accenture-Disability-Inclusion-Research-Report.pdf#zoom=50.

BARACAT, Eduardo Milléo – **Trabalho da pessoa com deficiência: estudo sobre a exclusão e inclusão social**. Curitiba: Juruá, 2020. ISBN 978-65-5605-388-2.

BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 85-7001-710-3.

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos humanos das pessoas com deficiência: história no Brasil e em Portugal**. Brasília: Editora Venturoli, 2023. ISBN 978-65-88281-53-6.

BRASIL. Senado Federal – **Projeto de Lei n.º 1.057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. [Em linha]. Brasília: Senado Federal, 2007. [Consult. 26 mar. 2023]. Disponível em: [www:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135599](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135599).

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza – **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. ISBN 978-85-62741-00-5.

FONTES, Fernando – **Pessoas com deficiência em Portugal.** Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. ISBN 978-9898838332.

GOFFMAN, Erving – **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2021. ISBN 978-85- 216-1255-1.

HESLA, Bret; KENNEDY, Mary Kay – **Nós Temos Direitos Humanos. Um guia de direitos humanos para pessoas com deficiência de desenvolvimento.** [Em linha]. Cambridge, MA: HPOD, 2008. (Projeto Harvard sobre Deficiência). [Consult. 02 abr. 2024]. Disponível em: [www:https://hpod.law.harvard.edu/pdf/Portugues.pdf](http://www.hpod.law.harvard.edu/pdf/Portugues.pdf).

LEI DAS XII TÁBUAS – **Portal Direitos Humanos.** [Em linha]. Roma, 450 a.C. [Consult. 12 mar. 2021]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>.

LISBOA, Natalia de Souza; SOUZA, Iara Antunes de – Autonomia privada e colonialidade de gênero. In CONPEDI/CESUPA (coord.); DIAS, Renato Duro; LOBO, Bárbara Natália Lages – **O direito à igualdade na Constituição brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na educação.** Brasil: Global South Press, 2016. ISBN 978-1973717218.

LORENTZ, Lutiana Nacur – **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência.** São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8709-9.

SASSAKI, Romeu Kazumi – **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** Rio de Janeiro: WVA, 1997. ISBN 85-8564-411-7.

SILVA, Inajara Piedade – A formação de políticas públicas para pessoas com deficiência. In SONZA, Andréa Poletto; SALATINO, Alba Cristina Couto dos Santos; GEMELLI, Catia Eli; FERRARI, Greicimara Vogt; TAVARES, Olívia Pereira (org.) - **Revista plural.** ISBN 978-65-87030-77-7. Bento Gonçalves: IFRS – Instituto Federal do Rio Grande do Sul, 2023, p. 214-223.

SILVA, Otto Marques da – **A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje**. São Paulo: CEDAS, 1987.

SOUZA, Iara Antunes de – **Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-302-9.

TAVARES, Silvana Beline; GUIMARÃES, Sandra Suely Moreira Lurine (org.) – **Gênero, sexualidades e direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2019. ISBN 978-85-5505-835-6. p. 7-22.

TERENA, Sandra – **Quebrando o silêncio**. 2009. Disponível em: <https://vimeo.com/6757780>. Acesso em: 08 janeiro de 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – **Relatório Mundial sobre a Deficiência**. Tradução: Lexicus Serviços Lingüísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012. ISBN 978-85-64047-02-0. Disponível em: www:https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf. [Consult. 03 jan. 2024].

DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB O VIÉS HUMANISTA

João Lievore¹

Resumo

Este artigo explora o conceito de Direito Penal do Inimigo, sob uma perspectiva humanista, com referência à obra “O Humanismo como Categoria Constitucional” do Ministro Carlos Ayres Britto. O termo Direito Penal do Inimigo foi cunhado por Günther Jakobs para descrever um modelo de justiça criminal que trata certos indivíduos como inimigos do Estado, sujeitando-os a um tratamento mais severo e desigual. No entanto, ao se adotar uma abordagem humanista, é possível reconciliar a proteção dos direitos individuais com a necessidade de segurança pública, promovendo uma justiça mais equitativa e inclusiva.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Humanismo; Justiça Criminal; Direitos Individuais; Segurança Pública.

Abstract

This article explores the concept of Enemy Criminal Law, from a humanist perspective, with reference to the work “Humanism as a Constitutional Category” by Minister Carlos Ayres Britto. The term Enemy Criminal Law was coined by Günther Jakobs to describe a model of criminal justice that treats certain individuals as enemies of the State, subjecting them to more severe and unequal treatment. However, by adopting a humanistic approach, it is possible to reconcile the protection of individual rights with the need for public security, promoting more equitable and inclusive justice.

Keywords: Criminal Law of the Enemy; Humanism; Criminal Justice; Individual Rights; Public security.

Introdução

Nestes tempos líquidos (Bauman, 2007), onde a insegurança permeia o cotidiano das pessoas e a solidariedade social se esfacela, o medo e a violência crescem em ritmo exponencial. O debate sobre o Direito Penal do Inimigo tem sido objeto de intensa discussão no campo jurídico, levantando questões fundamentais sobre o equilíbrio entre segurança pública e direitos individuais.

¹ Advogado. Professor. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL. Título reconhecido pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALE.

O termo Direito Penal do Inimigo foi cunhado pelo professor alemão Günther Jakobs, com base em uma ideia que em si não é nova, veio sendo construída, doutrinariamente, ao longo de muitos anos por diferentes camadas de pensadores. Descreve um paradigma de justiça criminal, propondo tratamento diferenciado para indivíduos considerados inimigos do Estado.

O início do século XXI foi marcado por ondas de terrorismo em face do mundo ocidental, o que elevou o medo coletivo.

Em meio a esta realidade, pessoas fora da esfera acadêmica jurídica, como repórteres, jornalistas, apresentadores, passaram a propalar o recrudescimento das leis penais, como forma de combate do aumento da criminalidade como um todo.

Esta tese impulsionou movimentos como o Lei e Ordem e o Tolerância Zero (Valente, 2016, p. 71- 76), onde crê-se que, por meio do Direito Penal, as soluções do combate à comportamentos antissociais serão facilmente alcançados.

Este caminho, o uso do Direito Penal como intervenção em aspectos da vida em sociedade, para as infrações mais mezinhas, tão somente há de tranquilizar a opinião pública, sem a efetiva redução da criminalidade em si. Não será através do Direito Penal que a sociedade será educada.

Por certo, o castigo, mesmo que moderado, com certeza de que será cumprido, gerará mais eficácia do que uma pena sem a confiança de sua aplicação. Beccaria aponta interessante fim para as penas quando aplicadas, que devem ser proporcionais: “O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu” (Beccaria, 2014, p. 85).

Portanto, a ideia de se ter o Direito Penal como a *prima ratio*, e não como a *ultima ratio* quando da intervenção do Estado, deveria ser colocada de lado, deixando o punho Estatal para atuar efetivamente em infrações penais de grande potencial ofensivo.

Tais ideias, em si, conflitam com as ideias humanistas defendidas pelo Ministro Carlos Ayres Britto, ensejando uma reflexão mais atenta a respeito do desenvolvimento da doutrina de Jakobs.

1 O inimigo para a teoria de Günther Jakobs

A construção dogmática de um Direito Penal do Inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade, exceto o tom proclamatório da designação Direito Penal do Inimigo (Valente, 2016, p. 25). O grande defensor dessa teoria é o professor alemão da Universidade de Bonn, Günther Jakobs.

Tratar o ser humano como um inimigo aparece desde os tempos antigos. Quando se pergunta a respeito desta essência, fica inegável que, conforme à doutrina que mais se aprofundou no tema, o conceito tem origem no direito romano, e o autor que o trabalhou com mais qualidade foi Carl Schimdt. Para ele, o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro. Este conceito de inimigo remonta à distinção entre *inimicus* e o *hostis*, mediante o qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, enquanto que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade (Zaffaroni, 2007, p. 21).

Consoante a doutrina do Direito Penal do inimigo, alguns delitos, por conta do seu potencial lesivo para a sociedade e em face das dificuldades de serem combatidos pelo aparato estatal, necessitam possuir um tratamento diferenciado do sistema liberal-clássico (Espindula, 2016), o qual não se revela eficaz na repressão a tais infrações penais.

Assim, para a mencionada teoria, ao se voltar contra a estrutura do Estado, deve o agente ser tratado, pois, como um inimigo, sob pena de se colocar em risco a segurança da coletividade. O indivíduo que assim age, segundo o pensamento em foco, termina por renunciar ao seu status de cidadão, devendo, por conseguinte, ser submetido a um tratamento similar ao de uma coisa razão pela qual se admite a redução das garantias individuais na referenciada situação (Gallinati, 2016).

Para Günther Jakobs, segundo Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 3), quem se recusa a entrar em um “estado de cidadania” não pode gozar das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa, devendo, portanto, ser impedido, mediante coação, de destruir o ordenamento jurídico.

O professor alemão traça uma distinção entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. O primeiro goza de todas as garantias, e em

face dele são respeitados os princípios fundamentais. Já quanto ao segundo, não há preocupação de se atentar para suas garantias, pois se trata de um verdadeiro inimigo do Estado. Para Jakobs (2003, p. 50), uma representação clara e atual do inimigo configura-se no terrorista. Neste sentido, vale a didática lição de Jorge de Figueiredo Dias (2012), quando afirma que Jakobs pretende – com pelo menos duvidosa razão – louvar-se num pensamento de Kant, sustentando que o direito penal do cidadão, aplicável a todos os que pertencem a uma “comunidade legal”, não deve valer para aqueles que se recusam a participar nela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (os “terroristas”) ou violando repetida e persistentemente as normas que os regem (os “delinquentes por tendência perigosos”). Assim, nas palavras do Professor, “o direito penal do cidadão é direito de todos, o direito penal do inimigo o daqueles que se unem contra o inimigo; face ao inimigo há apenas coacção física, até chegar à guerra”.

Portanto, como se percebe, para Jakobs, o inimigo não conta com o privilégio do rótulo de cidadão, com as garantias consequentes desta designação. Sua “fixação” quanto aos inimigos terroristas² é perceptível: “Não há nenhum efeito quando a lei, de maneira comparável à luta contra a cólera ou contra o analfabetismo, nomeia o terrorismo e não os terroristas como aquilo que deve ser combatido. Trata-se de leis penais, e a pena não vigora simplesmente para o terrorismo, mas para os terroristas. Mas, como mostra o nome da lei, a punição dos terroristas é apenas um objetivo intermediário, e não a preocupação principal do legislador; é evidente que por meio da punição dos terroristas é o terrorismo como um todo que deve ser combatido. Em outras palavras, a pena é um meio para uma finalidade policial, um passo na luta pela segurança (Jakobs, 2009, p. 27-28).

² Vivemos tempos de velocidade nas informações transmitidas mundialmente. A internet, televisão, jornais, são plataformas catalizadoras na disseminação das notícias, inclusive as atinentes aos atos terroristas. Quanto a relação da mídia e o terrorismo, apropriadas as palavras da jornalista Christine Ockerent: *I would like to make three main points. My first point is obvious: the media are very much a tool of terrorism. My second point is that the media are also a sort of fuel for terrorism. My last point is that the media can be a weapon against terrorism.* Tradução livre: Gostaria de mostrar três pontos principais. O meu primeiro ponto é óbvio: a mídia é uma ferramenta de terrorismo. O meu segundo ponto é que a mídia também é uma espécie de combustível para o terrorismo. O meu último ponto é que a mídia pode ser uma arma contra o terrorismo. (HAMILTON, Daniel S., ed. – **Terrorism and international relations**. Washington, DC/Lisboa: Center for Transatlantic Relations e Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 73).

Deve-se destacar, outrossim, que, à luz do ordenamento jurídico, quem efetivamente irá selecionar e definir o conceito de inimigo será o legislador, conforme os valores a serem observados em cada época.

Levada a efeito uma resumida definição do inimigo para a teoria em tela, afigura-se necessária a análise das características da aludida doutrina.

2 Algumas Características do Direito Penal do Inimigo

No que tange ao Direito Penal do Inimigo, algumas características podem ser destacadas, a título de exemplos.

O aumento acentuado das penas de determinados crimes, além da ideia de proporcionalidade (Soares; Rodrigues, 2016, p. 101-102).

Ter como objetivo não a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um risco, como, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado adotado no Brasil quando da execução da pena privativa de liberdade (Jesus, 2008, p. 3).

Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais ao imputado, como ao devido processo legal, de não fazer contra si próprio declaração, dentre outras (Soares; Rodrigues, 2016, p. 101-102).

Convém ressaltar, por ser relevante, que algumas medidas alusivas à teoria em questão já foram, inclusive, introduzidas no ordenamento brasileiro.

Ademais, pode-se verificar que a doutrina do Direito Penal do Inimigo avança também sobre o Direito Processual Penal, ao sustentar a necessidade de supressão ou de redução de garantias processuais no que concerne aos feitos alusivos aos considerados como “inimigos”.

Constata-se, que pela teoria se prega um amplo adiantamento da punibilidade, tendo-se uma perspectiva prospectiva da aplicação penal da norma, ou seja, o ponto de referência passa ser o fato futuro, diferente da regra, qual seja, o fato cometido, em uma perspectiva retrospectiva da aplicação da norma penal. Além disso, as penas são desproporcionais em si. Outrossim, garantias processuais e dos próprios acusados são relativizadas, inclusive com supressão delas. Sintetizando, Muñoz Conde (2011, v.3, p. 11) estipula três premissas seguidas por Jakobs:

- a. aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive “penas draconianas”;

- b. abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.;
- c. criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Neste sentido, a teoria do Direito Penal do inimigo, não se pode olvidar, mostra-se com características que são criticadas por grande parte da doutrina, merecendo, na hipótese, ser destacada a promovida por Cancio Meliá, a qual foi assim resumida por Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 5):

- a) violar o teor da Constituição, por não se admitir que o ser humano seja tratado pelo Direito como um “objeto”, desprovido da sua condição de pessoa (sujeito de direitos);
- b) não cumprir efetivamente a promessa que faz, pois as leis que adotaram suas características não conseguiram reduzir a criminalidade;
- c) o fato de haver leis que incorporaram seus princípios não podem acarretar a conclusão de que tal Direito possa existir conceitualmente, como uma categoria válida dentro do sistema jurídico;
- d) o risco apregoado pela doutrina em foco revelar-se mais simbólico do que real, uma vez que os definidos como “inimigos” não detêm o poder de colocar em risco a existência do Estado;
- e) consubstanciar-se na melhor forma de tratar o “inimigo” e, assim, de confirmar a vigência do ordenamento jurídico a demonstração de que, independentemente da gravidade do fato, devem os princípios e regras serem observados em relação a todos, continuando ele, pois, a ser tratado como “pessoa”;
- f) contrariar o princípio do Direito Penal do Fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos ou “atitudes internas” do autor, voltando-se a norma penal segundo a teoria em questão mais para características destes do que em relação ao fato penalmente relevante propriamente dito.

Manuel Cancio Meliá (2003, p. 50), com sagacidade, explicita o seguinte: *Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, Derecho penal del enemigo una contradicción en los términos*³

³ Tradução livre: Direito penal do cidadão é um pleonismo, Direito penal do inimigo uma contradição nos seus termos.

3 Algumas Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Além das preocupações com o Estado de Direito e a dignidade humana, o Direito Penal do Inimigo também é objeto de críticas relacionadas à sua eficácia e legitimidade. Medidas punitivas mais severas não necessariamente contribuem para a redução da criminalidade, podendo, ao contrário, aumentar a reincidência e a estigmatização dos indivíduos afetados. Além do mais, a seletividade do sistema penal, que tende a penalizar de forma desproporcional indivíduos pertencentes a grupos marginalizados, levanta questões sobre equidade e imparcialidade.

Outra crítica fundamental ao Direito Penal do Inimigo é sua incompatibilidade com os princípios democráticos e constitucionais de um Estado de Direito. Ao criar uma categoria de indivíduos sujeitos a um tratamento diferenciado e mais duro perante a lei, esse modelo de justiça criminal mina a igualdade diante da lei e os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Além disso, ao enfatizar a punição em detrimento da prevenção e reabilitação, ele perpetua um ciclo de violência e exclusão que compromete a coesão social e a segurança pública a longo prazo.

O Direito Penal do inimigo é democraticamente inaceitável. O suposto inimigo precisa gozar, na íntegra, dos direitos e da proteção que lhe é devida em nome da sua eminente dignidade como pessoa (Dias, 2012, p. 37).

Ponto de destaque dá-se quanto ao fato da teoria do Direito Penal do Inimigo configurar-se um direito penal do autor, e não um direito penal do fato. É um grande erro focar a “guerra” contra o inimigo em certas comunidades ou certos agentes, imaginando que isso, por si só, garanta segurança (Ventura, 2013, v. 1, p. 215-216).

Nesta linha, importantes as palavras de Guedes Valente (2016, p.80):

O Direito penal do inimigo, como Direito penal de autor, atua(rá) antes do crime acontecer. A excecionalidade e tipicidade da criminalização dos atos preparatórios deixa de vigorar e passa a obedecer ao princípio da punibilidade de todos e quaisquer atos preparatórios e, ainda, incrementa uma ação penal enraizada no estado de perigosidade presumível devido à religião, ao país, à raça, à cor, à ideologia política e fundamentada no perigo para a segurança cognitiva da comunidade integrada no estado de legalidade: v.g., as detenções secretas da CIA de presumíveis terroristas por todo o mundo, sem processo e sem seguir as normas jurídicas de

cooperação judiciária e policial em matéria penal, e a submissão daqueles a interrogatórios desjudicializados e a torturas intensas são o exemplo da ação penal policializada e desjurisdicionalizada fundada no presumível ou no pressuposto de que aquele cidadão (estigmatizado) é um perigo para a comunidade; a morte do cidadão brasileiro Jean Charles pela ação precipitada da polícia inglesa; assim como o regime disciplinar diferenciado aplicado aos presidiários no Brasil, cuja sanção do isolamento celular significa tratar o preso como uma coisa ao encarcerá-lo sem contacto com qualquer pessoa por tempo desproporcionalmente admissível.

Talvez uma das situações acadêmicas de maior refutação à tese de Jakobs, tenha partido do também professor catedrático alemão Albin Eser, em um congresso em Berlim, quando na palavra de encerramento do encontro, que contou também com a palestra do professor Günther Jakobs, Eser, assim disse:

Essa frieza que se deduz da concepção reduzida à lesão normativa assusta ainda mais quando contraposta à coexistência proposta por Jakobs de um Direito Penal do cidadão, respeitoso ao Estado de Direito e um Direito Penal do inimigo emanado do poder estatal. Inimigo como não pessoa é uma consideração que já conduziu à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é cidadão e quem é inimigo. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar – e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica (*Apud* Conde, 2011, v. 3, p. 8-9).

Como visto, Albin Eser tocou em um ponto de suma importância, quem é o inimigo? Nos estudos de Jakobs há uma grande referência à escolha do terrorista para receber o carimbo de inimigo. Porém, se amanhã aquele que hoje é o amigo, se tornar o inimigo do detentor do poder momentâneo, estaremos diante de uma repetição de erros que a metade do século XX, como a Segunda Grande Guerra, já nos ensinou dramaticamente.

4 Uma Visão Humanista como Fundamento para uma Justiça Mais Equitativa

Neste ponto, é relevante examinar como os princípios humanistas podem informar uma abordagem mais equitativa e inclusiva à justiça criminal.

Um conceito do humanismo é o entendimento de que “consiste num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira” (Britto, 2016, p. 19). O humanismo, como concebido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, coloca a igualdade intrínseca de todos os seres humanos e a necessidade de proteger seus direitos fundamentais. Isso implica não apenas garantir o devido processo legal e o tratamento digno de todos os indivíduos perante a lei, mas também promover políticas criminais que aborde as causas subjacentes da criminalidade e busquem soluções justas e humanas para os conflitos sociais. “O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim” (Britto, 2016, p. 37).

Ao adotar uma abordagem humanista à justiça criminal, é possível superar as limitações do Direito Penal do Inimigo e promover uma sociedade mais justa e solidária. Isso requer o desenvolvimento de políticas que priorizem a prevenção da criminalidade, a reabilitação dos infratores e a reparação do dano causado às vítimas e à comunidade. Além disso, implica o fortalecimento das instituições democráticas e a promoção de uma cultura de respeito aos direitos humanos e à diversidade.

Neste plano, mister destacar a importância da força das constituições na preservação do sentido humanista, sendo que não há necessidade de se nominar o humanismo, basta que as cartas magnas se refiram a democracia, assim, estará automaticamente normado o conteúdo já destacado (Conde, 2011, v. 3, p. 38).

5 Alternativas ao Direito Penal do Inimigo

Diante das críticas ao Direito Penal do Inimigo e da necessidade de uma abordagem mais humanista à justiça criminal, é importante explorar alternativas que promovam a segurança pública sem comprometer os direitos individuais e a dignidade humana. Uma dessas alternativas é o enfoque na justiça restaurativa, que busca resolver os conflitos de forma pacífica e restaurar o equilíbrio nas relações sociais.

A justiça restaurativa valoriza a participação ativa das partes envolvidas no processo de resolução de conflitos, promovendo o diálogo, a compreensão mútua e a responsabilização pessoal. Ela reconhece que o crime não é apenas um ato contra o Estado, mas também uma violação das relações humanas e comunitárias, e busca restaurar a dignidade das vítimas, dos infratores e da comunidade como um todo.

Cabe, outrossim, destacar a solução apresentada por Guedes Valente, que encontra resposta para como lidar com a situação de tipos penais bárbaros, quando diz que, se o terrorista, o traficante de armas, o traficante de droga, o traficante de seres humanos ou de órgãos humanos são inimigos da comunidade e se devemos atuar belicamente, não faz sentido falar de Direito Penal do inimigo, mas do Direito da Guerra e aplicar aos prisioneiros de guerra as Convenções de Genebra. Esta é a lógica mais lúcida e simples que qualquer cidadão devia tecer na sua mente, antes de defender qualquer trituração da dignidade da pessoa humana (Valente, 2016, p. 81).

Ou mesmo como do Zaffaroni, exemplificando de forma simples o papel do Direito Penal em casos extremos, onde se pode perceber o suposto “Inimigo”, como é o caso do terrorista. O que fazer com o Inimigo (terrorista)?

Poderíamos responder com a chamada lógica do quitandeiro, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução é atribuída natureza penal. Geralmente, julgamo-nos obrigados a opinar sobre como resolvê-lo, quando, na realidade, não o sabemos. O correto seria que procedêssemos como o sábio quitandeiro: nós só sabemos decidir quando se habilita, ou não, o poder punitivo, e também sabemos que, no caso, isso não serve ou não é suficiente para resolver o conflito. A rigor, sabemos muito poucas coisas e entre as que ignoramos está a resposta à pergunta sobre a solução do problema do terrorismo no mundo. A esse respeito, sabemos apenas o que o direito penal pode fazer e, é claro, sabemos também que isso não é o bastante e nem sequer podemos afirmar que tenha alguma eficácia. Por conseguinte, a pergunta correta – porque é a única que podemos responder – é a seguinte: o que o direito penal pode fazer em relação aos terroristas? A resposta é bastante óbvia: se ninguém

faz nada, o direito penal nada pode fazer; se delitos são cometidos, seus responsáveis devem ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir a pena. É isso o que o direito penal pode fazer (Zaffaroni, 2016, p. 184-185).

Portanto, como alternativa ao Direito Penal do Inimigo, há que se vislumbrar a implementação de políticas de desencarceramento, a promoção de medidas de prevenção primária e a garantia de acesso igualitário à justiça e aos serviços de assistência jurídica. Essas abordagens não apenas reduzem a sobrecarga do sistema penal, mas também promovem uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos.

Considerações Finais

Em conclusão, o debate sobre o Direito Penal do Inimigo sob o viés Humanista nos convida a repensar nossas concepções de justiça e segurança pública. Ao reconhecer a dignidade e os direitos de todos os seres humanos como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, podemos promover uma justiça mais equitativa, inclusiva e humana. Em homenagem ao legado intelectual do Ministro Ayres Britto, devemos buscar um equilíbrio entre a proteção da sociedade e o respeito aos valores humanistas que fundamentam nosso ordenamento jurídico.

Para o bem comum, não podemos desistir de nós mesmos. Não cabe a nós coisificar um outro ser humano, sob o pretexto dele ter se comportado contrário aquilo o que é socialmente aceitável, tornando-se em si um inimigo.

Todas as conquistas relativas às garantias alcançadas ao longo de tempos terríveis, em doses medicinais, a um custo imenso, herdadas por nós, não podem ser colocadas de lado. Pode ocorrer o perigo de o inimigo ser aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo. Precisamos afirmar e exaltar o nível de humanidade que alcançamos. Muito bem conclui Guedes Valente (2016, p. 125): “que a nossa memória não seja curta”.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. ISBN: 978-85-7110-993-3.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José de Faria Costa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN: 978-972-31-0816-3.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN: 978-85-7700-088-3.

CONDE, Francisco Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan.–jun. 2011. ISSN 2177 – 4811.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal, Parte geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime**. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 1064 p. ISBN: 978-972-32-2108-4.

ESPINDULA, Gleydson. Direito Penal do Inimigo. **Jus Navigandi**. 12 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48172/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 24 jun. 2024.

GALLINATI, Raquel Kobash. Direito Penal do Inimigo: uma realidade latente. **Jus Navigandi**. 05 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48007/direito-penal-do-inimigo-uma-realidade-latente>. Acesso em: 20 jun. 2024.

HAMILTON, Daniel S. **Terrorism and international relations**. Washington, DC/Lisboa: Center for Transatlantic Relations e Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. ISBN: 0-9766434-8-0.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito?. Tradução: Luciano Gatti. **Novos Estudos** 83. p. 27-36. Mar. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n83/03.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003. ISBN: 84-470-2063-0.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal do Inimigo, Breves Considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 12, n.º 1653, 10 Jan. 2008. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10836>. Acesso em: 24 jun. 2024.

SOARES, Gabriela Mansur; RODRIGUES, Ingrid Samara. Direito Penal do Inimigo: O Regime Disciplinar Diferenciado Aplicado ao Preso Provisório. **Juris Plenum**, Caxias do Sul: Editora Plenum Ltda. Ano XII, n.º 71, Set. 2016. ISSN 1807-6017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O Progresso ao Retrocesso**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina, 2016. 136 p. ISBN 978-85-8493-124-8.

VENTURA, André. **Lições de Direito Penal**. v. 1. Lisboa: Chiado Editora, 2013. ISBN: 978-989-51-0840-4.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. 222 p. ISBN 978-857-106-358-7.

O ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL, TRATADOS INTERNACIONAIS E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Beatriz Abraão de Oliveira¹

Pietra Rangel Bouças do Vale²

Resumo

Este trabalho tem por objetivo fomentar o debate sobre a *audiência de custódia* e demonstrar que tal instituto é garantia do Direito Internacional Público e está inserido no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de ratificação dos Tratados Internacionais que o asseguram. O Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, bem como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporado à nossa ordem jurídica interna por meio da promulgação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992; nesses dois tratados de direitos humanos a audiência de custódia está expressamente assegurada. Objetiva também mostrar a importância da sua aplicação no cenário nacional e internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional Público; Tratados Internacionais; Audiência de Custódia; Direitos Humanos.

Abstract

This work aims to promote debate about the custody hearing and demonstrate that such guarantee Institute of public international law and is inserted into the Brazilian legal system, through ratification of international treaties that ensure. The Brazil is signatory of the Covenant on Civil and political rights, promulgated by means of Decree No. 592, of 06 July 1992, as well as the American Convention on human rights,

1 Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá na linha de pesquisa Acesso à Justiça. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professora de graduação e pós-graduação em Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá, Mackenzie Rio e FGV. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Processual pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada e autora de livros jurídicos. Email: beatriz@beatrizabraao.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8363403277012073>

2 Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Bolsista integral PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Advogada. Email: pietra.rangel.adv@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2648989314242796>

ACHR (Pact of San Jose of Costa Rica), incorporated into our domestic law through the enactment (d) Decree No. 678, 06 November 1992, these two human rights treaties the custody hearing is expressly provided. Objective also show the importance of your application on the national and international scene.

Keyword: Public International Law; International Treaties; Custody Hearing; Human Rights.

Introdução

Desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992, surge a necessidade da regulamentação do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio. Tal tratado internacional prevê a necessidade da apresentação de toda pessoa presa em flagrante delito ao Juízo.

Nesse contexto, surge o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, de 2011, que pretende a alteração do procedimento previsto no § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal. Tal proposta de alteração legislativa busca concretizar a condução dos autuados em flagrante à presença de um Juiz de Direito imediatamente após a realização da prisão.

Trata-se de um resgate do caráter humanitário e da própria jurisdição do processo penal, resguardando garantias constitucionais, tais como, o respeito à integridade física e psíquica do preso. Ao se ignorar o caráter excepcional do encarceramento cautelar, viola-se o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, norteador de toda a ciência penal, bem como incorre-se no que já temia Cesare Beccaria, em 1764, quando dizia que jogam-se no mesmo cárcere os acusados e os condenados.

O Projeto de Lei preenche uma lacuna legislativa havida há mais de vinte anos na lei adjetiva penal pátria, desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A imediata apresentação do preso em flagrante ao Juízo constitui um instrumento de controle da população carcerária do Brasil cujo sistema penitenciário beira o colapso. Tal controle é exercido ao se analisar a necessidade do encarceramento cautelar, em solenidade designada exclusivamente para tanto.

Pela análise e consultas a doutrinas, leis, tratados internacionais, projetos de lei, vislumbra-se a importância de ter sido implementada a audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio.

1 Tribunais Internacionais

Tendo em vista o crescimento sócio relacional do homem perante uma sociedade que se mostra cada vez mais evoluída e, influenciado pelos meios de comunicação que auxiliam e encurtam as distâncias entre os países, ou a facilitação dos meios de transportes atuais possibilitando viagens longas serem realizadas em poucas horas, faz-se necessário um olhar mais atento para a questão jurídica entre as partes de forma internacional, sejam elas, em âmbito público ou privado. O indivíduo agora poderá com suas ações, causar danos que extrapolam os limites territoriais de seu Estado atingindo uma coletividade determinada ou mesmo indeterminada.

1.1 O homem como sujeito do direito internacional

No ambiente doutrinário, ainda subsiste a discussão sobre em qual posição colocar o indivíduo no direito internacional.

Para uma corrente mais conservadora, a pessoa natural não tem personalidade jurídica internacional, apenas no direito interno, não podendo, portanto, exercer prerrogativas de âmbito internacional a fim de requerer a garantia de seus direitos por si só, apenas vinculados a um determinado Estado.

A respeito do tema, como ressalta José Francisco Rezek: os sujeitos de Direito Internacional Público, ou pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, são “os Estados soberanos (aos quais se equipara, por razões similares, a Santa Sé) e as organizações internacionais”.

Noutro giro, em conformidade com os princípios atuais do direito internacional dos Direitos Humanos, entende-se positivamente em relação à aceitação do homem como sujeito de direito internacional.

Conforme destacam Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella (2010, p. 245):

No Direito Internacional clássico, o sujeito por excelência do Direito Internacional, embora não mais se possa sustentar ser o único, era o Estado, tal como se definia a partir de seu ordenamento interno. São também sujeitos

de Direito Internacional as organizações internacionais enquanto associações de estados, ao lado do reconhecimento progressivo da condição internacional do ser humano

Pode-se concluir assim que, a pessoa física também poderá ser reconhecida como sujeito de Direito Internacional.

Debatido ponto anterior, passa-se a participação efetiva do indivíduo na esfera de direito internacional, seja ele como autor requerendo perante tribunais internacionais uma determinada tutela jurisdicional perante outros Estados ou até mesmo seu próprio Estado.

Assim como se vê, por exemplo, na Corte interamericana de Direitos Humanos, ou até mesmo no polo passivo, necessitando de uma tutela jurisdicional internacional, onde podemos pegar como exemplo o Tribunal Penal Internacional.

1.2 Conceito de direito internacional público

Preliminarmente, antes de se adentrar a essência da discussão ora apresentada, ou seja, a *audiência de custódia*, é necessário que se entenda minimamente o que é o Direito Internacional Público e, neste sentido encontramos na obra do professor de Direito Internacional Público, Paulo Henrique Gonçalves Portela (2013, p. 57), o seu conceito, veja-se:

O Direito Internacional Público é o ramo do Direito que regula as relações internacionais, a cooperação internacional e temas de interesse da sociedade internacional, disciplinando os relacionamentos que envolvem Estados, organizações internacionais e outros atores em temas de interesse internacional, bem como conferindo proteção adicional a valores caros à humanidade, como a paz e os direitos humanos. [...].

1.3 Audiência de custódia como princípio fundamental do direito internacional público

Da mesma forma, é imprescindível que se entenda também o que é, fundamentalmente, a *audiência de custódia*. Esta, por sua vez, consiste no fato de que, aquele que for levado à prisão deva ser ouvido sem demora, o que quer dizer: deve ser levado imediatamente à presença da autoridade

judiciária competente. Deve se apresentar *incontinenti* ao juiz habilitado para essa finalidade.

Trata-se de um princípio fundamental do Direito Internacional Público, que há muito é amparado no Direito das Gentes. Tal medida é essencial para garantir que o preso seja levado ao estabelecimento penal em situação absolutamente compatível com a lei, sem que sofra qualquer tipo de violação, sobretudo a tortura, ou mesmo que não seja levado ao cárcere e sim colocado em liberdade de imediato, se assim for o caso.

1.4 Participação da ONU

Ao fazer referência sobre a participação do Homem perante o sistema global, mister se faz, expor sobre a ONU e sua importância em prol da garantia dos Direitos Humanos. Seja realizando diversas ações de paz pelo mundo, fortalecendo laços entre países ou servindo como meio intermediário para a solução de conflitos internacionais.

Com base em valores e princípios humanitários, a ONU, fundada em 1945, tem como basilar a máxima cooperação entre as Nações e a prevalência de solução pacífica de conflitos, a fim de que seja mantida a Paz e o desenvolvimento mundial.

Observa-se que da ONU foram criados os tribunais acima mencionados, bem como, ao clamor da própria sociedade e dos valores embutidos, também foram criados em alguns casos os chamados Tribunais *Ad Hoc*.

A necessidade destes Tribunais *Ad Hoc*, foi essencial para evitar a impunidade e benefícios que porventura tivesse os grandes criminosos de Guerras e os que praticaram crimes contra a Humanidade. Tendo em vista que estes, muitas vezes se utilizavam de métodos legais para as suas ações, de forma que manipulam o próprio sistema governamental para darem possibilidades a estas grandes atrocidades mundiais.

Tais atrocidades, como eram de relevância internacional, necessitavam de uma jurisdição também internacional. Com isso, começou, em 1996, com o Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas, sobre a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Em conformidade com o Estatuto de Roma, o TPI tem a competência de julgar os Crimes de Genocídio, Crimes contra Humanidade e os Crimes de Guerra.

Com isso, a ONU consolidou no Século XXI, o princípio da Jurisdição Universal, buscando com isso o chamado “Ideal de Justiça Internacional”.

1.5 Coexistência dos Múltiplos Tribunais Internacionais Contemporâneos

Assim como relacionado no ponto anterior, a sociedade moderna vê de forma presente e a cada dia mais ativa a expansão da Jurisdição Internacional pela participação dos Tribunais Internacionais, sejam julgando Estados ou Pessoas Naturais. Estas participações devem ser observadas, no entanto, não de forma singular, mas sim, em um aspecto coletivo onde mesmo havendo uma pluralidade de órgão, estes são colaboradores de uma só justiça internacional, mesmo havendo uma independência entre eles, são propulsores de uma ordem mundial com base na cooperação e colaboração dos povos.

2 Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (“Pacto de San José”), tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, em 1992, é clara ao prever que é direito da pessoa presa ser “conduzida” à autoridade judicial.

O texto dispõe que:

Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Brasil, 1992)

Diante disso, o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), também ratificado em 1992 pelo Brasil (Brasil, 1992), prevê que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

É importante detalhar **duas expressões** que são utilizadas de forma reiterada na redação dos famosos tratados que causam margem para dúvida interpretação.

A **primeira** é a expressão “sem demora”, prevista tanto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Tratando-se do sistema regional europeu, a garantia ainda é mais ampla, uma vez CEDH obriga que o cidadão preso seja apresentado imediatamente ao juiz. A fim de tornar mais claro este entendimento, é importante reconhecer as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte IDH já reconheceu a ofensa ao direito à audiência de custódia pela mácula à celeridade reclamada pela CADH em casos de condução do preso à presença do juiz há: a) quase uma semana após a prisão (*Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença* de 30.10.2008); b) quase cinco dias após a prisão (*Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México. Sentença* de 26.11.2010); c) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão (*Caso Castillo Petruzi e outros Vs. Peru. Sentença* de 30.05.1999); entre outros precedentes que demonstram a expressão “sem demora” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão.

A **segunda** expressão é “juiz ou outra autoridade autorizada por lei” a exercer funções judiciais, disposta na CADH, no PIDCP e também na CEDH.

Assim, verifica-se que a Corte IDH interpreta aquela expressão em conjunto com a noção de juiz ou Tribunal estabelecida no art. 8.1 da CADH³, que preceitua que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Brasil, 1992)

Desta forma, a Corte IDH já recusou considerar como juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais:

³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 5 nov. 2023.

a) a jurisdição militar, (*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentença de 18.08.2000⁴);

b) o Agente Fiscal do Ministério Público (*Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Sentença de 24.06.2005⁵);

c) o Fiscal Naval (*Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22.11.2005⁶).

Sendo assim, a partir da jurisprudência da Corte IDH, verifica-se que o juiz ou a autoridade habilitada a exercer função judicial tem que ser o funcionário público incumbido da jurisdição. No Brasil, é o magistrado.

Convém ressaltar que há um conflito entre os documentos internacionais e o direito interno. Deve-se resolver tal assunto avaliando a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

3 Panorama latino americano (audiência de custódia pelo mundo)

Reconhecendo a relevância de assegurar o respeito aos Direitos Humanos, muitos países da América Latina inseriram em seus ordenamentos jurídicos uma audiência de custódia, determinando a apresentação da pessoa presa diante de um juiz no prazo máximo de 48 horas depois da prisão.

A análise da doutrina da audiência de custódia será feita em perspectiva comparada com a legislação da Argentina, do Chile e Colômbia. Diversas são as razões que justificam essa escolha. Alguns desses países transitaram de regimes autoritários para regimes ditatoriais; adotam uma constituição democrática; atribuem aos tratados de direitos humanos um status privilegiado na ordem jurídica.

Além disso, a experiência de países vizinhos, latino-americanos, pode auxiliar mutuamente a esses países a melhor desenvolver seus sistemas de controle de convencionalidade, tanto à luz dos casos (precedentes) já deflagrados contra cada um deles, bem assim das novas proposições teóricas que estão frutiferamente a surgir nos últimos tempos.

4 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf. Acesso em: 5 nov. 2023.

5 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2023.

6 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 5 nov. 2023.

Na Argentina, o Código de Processo Penal federal determina que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão.

Presentación del detenido

Art. 286. - *El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente em um plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente. (ARGENTINA, 2014⁷)*

No Chile, o Código de Processo Penal prescreve que, em casos de flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor, que poderá soltá-lo ou apresentá-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão:

Art. 131.(...)

Cuando la detención se practicar e em virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de um plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de um plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestar e, la policía - deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial em el plazo indicado (CHILE, 2000⁸)

Na Colômbia, o Código de Processo Penal dispõe que, em casos de flagrante, o detento necessita ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas.

Artículo 2º.(...) Em las capturas enflagrancia y em aquella sen donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razón ablementecarezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías em el menor tempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. (COLÔMBIA, 2004⁹)

7 Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#10>. Acesso em: 5 de nov. 2023.

8 Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 5 de nov. 2023.

9 Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>. Acesso em: 5 de nov. 2023.

Não se pode negar as disposições normativas, por si sós, não tiveram o condão de acabar com a prática de abusos nas detenções nesses países, mas constituem parte necessária de esforços de longo prazo para reprimir esses excessos.

3.1 Audiências de custódia: experiências internacionais

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as audiências de custódia representam um meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Acosta Calderón Vs. Equador, 2005¹⁰, tradução nossa).

Desse modo, de acordo com a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard (2015), alguns países membros das Organizações dos Estados Americanos (OEA) já se adequaram por meio de lei ou decisão dos tribunais superiores, às determinações das normas externas a fim de assegurar que o ato de prisão em flagrante submeta-se ao escrutínio judicial quanto a sua legalidade e estrita necessidade, sendo que, a título de exemplo, conforme levantamento da *Human Rights Watch* (2014).

Além destes registros sobre a previsão formal, o cenário internacional também comprova o alcance de impactos qualitativos significativos decorrentes das audiências prévias ao juízo. Em amplo estudo sobre as melhores práticas para a racionalização do uso das medidas cautelares, o *Centro de Estudios de Justicia de las Americas* (CEJA) constatou que “*la experiencia en reformas procesales en Latinoamérica ha demostrado que el uso de la prisión preventiva es mayor cuando el sistema no cuenta con audiencias orales en la etapa de investigación*” e, por isso, as reformas empreendidas em matéria penal veem introduzindo processos orais, em substituição aos sistemas escritos, capazes de “*producir información de calidad, con contradicción y publicidad*” (CEJA, 2011, p. 8-9)

¹⁰ Opus citatum. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2023.

3.1.1 Tratados Internacionais e a regulamentação da audiência de custódia no Brasil

A audiência de custódia foi inserida no Brasil em virtude da ratificação de Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece em seu artigo 9.3 que:

qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (Brasil, 1992)

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto São José da Costa Rica, leciona em seu artigo 7.5 que:

toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Brasil, 1992)

Com a adoção da audiência de custódia começamos a ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Destaca-se que o atendimento imediato à pessoa detida é uma recomendação internacional, tendo em vista que esta medida diz respeito a um instrumento de prevenção e combate à tortura. Conforme pesquisa da *Human Rights Watch* Brasil realizada em 5 estados brasileiros, foram catalogados 64 casos de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, no qual em sua grande maioria, ocorreram em abordagem policial.

Desta forma, a audiência de custódia colabora no combate e na prevenção da tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante na medida em que dispõe que a pessoa detida, agredida ou não, tenha a oportunidade de encontrar com um juiz fisicamente em 24 horas, possibilitando a instau-

ração de um processo para saber as circunstâncias da prisão, bem como de responsabilizar o agente público nos casos em que se identifique sinais de violência por ele praticado.

3.2 Classificação dos Tratados Internacionais, em especial os de Direitos Humanos, pela Constituição Brasileira de 1988

Ainda sobre o tema, é salutar destacar o que nos ensina o estudioso do Direito Internacional Público, Paulo Henrique Gonçalves Portela, que em sua obra se manifesta acerca da obrigatoriedade dos tratados na ordem jurídica nacional, senão vejamos:

O tratado promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, podendo ser invocado pelo Estado e por particulares para fundamentar pretensões junto aos órgãos jurisdicionais e, por fim, pautando a conduta de todos os membros da sociedade. Como parte da ordem interna, o descumprimento das normas do tratado enseja a possibilidade de sanções previstas no próprio Direito brasileiro. Como parte de um ordenamento, o tratado é colocado em algum nível de hierarquia normativa, de acordo com o que cada Estado decida a respeito. No Brasil, o tratado recebe, em princípio, o status de lei ordinária. Há também a possibilidade de que seja conferido caráter de emenda constitucional às normas internacionais de direitos humanos, nos casos do art. 5º, § 3º, da CF. Existem também entendimentos de que os tratados de direitos humanos têm status supralegal ou mesmo constitucional. [...]” (2021, p. 120)

Já a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 consagrou a autoridade do tratado em face da lei nacional, fato facilmente comprovado quando em seu art. 27, determina que: “uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (Brasil, 2009).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conjuntamente com o Ministério da Justiça, bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo, discutiram recentemente a necessidade da implantação *da audiência de custódia* no Brasil, cuja discussão já toma proporções em todo o território nacional, a exemplo do que ocorreu em Teresina-Piauí, por ocasião das visitas do diretor geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, Renato De

Vitto, ao Sistema Prisional piauiense, em que conjuntamente com o secretário de Justiça, Daniel Oliveira, reuniram-se com o corregedor geral do Tribunal de Justiça do Piauí, Des. Sebastião Ribeiro Martins e outros magistrados para discutir a instalação da tão falada *audiência de custódia*.

De acordo com a Resolução nº 213, de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. A finalidade é a adequação da norma interna aos tratados e convenções internacionais (CADH e PIDCP), prevenção de arbitrariedade que gerem ilegalidades e garantia da apresentação imediata assegurando direitos fundamentais do custodiado.

3.3 Vantagens no Brasil

A introdução da audiência de custódia no Brasil trouxe diversas vantagens, a iniciar pela mais simples: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Graças a ela diminuiu-se a prisão em massa no país, que afeta com muito mais força a camada mais humilde e marginalizada da população brasileira, tendo em vista que, por meio desta audiência, tem-se um encontro do juiz com o preso, superando-se, assim, apenas o papel, fixada no art. 306, § 1º, do CPP, que se reduz ao simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Ademais, propiciaria um controle imediato da legalidade, necessidade e adequação da prisão, sem prejuízo de se investigar ou fazer cessar a prática de tortura ou maus tratos.

Para melhor ilustrar o quanto a audiência de custódia pode revolucionar a prática penal brasileira, existem algumas razões enumeradas pelo Informativo Rede Justiça Criminal, produzido por organizações de notável duração na defesa dos direitos humanos: Associação para Reforma Prisional (ARP), Conectas Direitos Humanos, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH), Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Justiça Global e Pastoral Carcerária Nacional, vejamos:

1. A apresentação da pessoa presa em juízo no prazo de 24 horas é a maneira mais célere de garantir que a prisão ilegal será imediatamente relaxada e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei

admitir a liberdade (garantias constitucionais previstas no art. 5º, LXV e LXVI, respectivamente);

2. A audiência de custódia servirá para que o juiz i) analise a legalidade e necessidade da prisão e ii) verifique eventuais maus tratos ao preso havidos até ali, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso que venha a tomar conhecimento. No que diz respeito ao controle da legalidade da prisão, poderá o juiz no momento da audiência de custódia: I) relaxar a prisão em flagrante ilegal; II) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; III) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos de cautelaridade previstos no artigo 312 do CPP;”

(...)

8. A audiência de custódia representa para o Estado um instrumento eficiente para a obtenção e verificação de informações precisas sobre os procedimentos policiais, evitando que maus tratos e práticas de extorsões continuem a ocorrer impunemente”;

(...)

10. A apresentação imediata da pessoa presa ao juiz garante ao cidadão passar o menor tempo possível preso, ainda que não possua advogado constituído. (Rede Justiça Criminal, 2014)

Ademais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) como se vê, vai além do previsto para esses tratados de direitos humanos em discussão, que atualmente têm *status* supralegal no Brasil, mas podendo a critério do legislador brasileiro, submetê-los ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/1988 em que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹¹. (Brasil, 2004)

Com os mesmos argumentos constantes do voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1, do STF, entende-se que a *audiência de custódia* está plenamente em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o que dispõem os Decretos oriundos da Presidência da República Federativa do Brasil anteriormente mencionados, que incorporaram ao Direito Público Interno o Pacto Internacional dos Direitos

11 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 5 de nov. 2023.

Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).

É importante destacar que tramita no Congresso Nacional, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 554/2011, que tem como escopo alterar o art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), para garantir expressamente naquele código a tão falada, no momento, audiência de custódia.

Considerações Finais

A audiência de custódia constitui uma necessidade premente da realidade que vivencia o sistema de justiça criminal brasileiro.

É na audiência de custódia que o juiz decidirá pela necessidade ou não da manutenção da prisão provisória ou pela aplicação de outra medida cautelar, bem como poderá identificar, prevenir e reprimir maus tratos, torturas e práticas nefastas que, infelizmente, continuam permeando o dia a dia das delegacias de polícia do país.

Não obstante, o Brasil ainda é um dos únicos países na América Latina e signatários do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos que não exige apresentação do preso a um juiz logo após a sua prisão. A legislação processual vigente se contenta com o simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Apesar de louvável a iniciativa trazida pelo Projeto de Lei nº. 554/2011, é cediço que o processo legislativo de reforma de códigos é sempre muito burocrático e moroso.

Assim, a saída para superar esse anacronismo nacional e colocar o país no trilho de um sistema de justiça criminal compatível com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e com próprio Estado Democrático de Direito é implementar, de logo, a audiência de custódia, a partir de um controle de convencionalidade da legislação processual. Ora, os tratados internacionais de direitos humanos, conforme recente entendimento do STF, possuem status normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante.

Esse entendimento já foi, inclusive, adotado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região no julgamento do HC nº. 2014.02.01.003188-7), em que

reconheceu ao preso o direito de ser conduzido sem demora à presença de juiz, com fulcro no Pacto de São José da Costa Rica.

Destaque-se, ainda, o lançamento, no dia 06/02/2015, do projeto-piloto de audiência de custódia desenvolvido pelo CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo.

Enfim, a audiência de custódia precisa ser encarada com grande prioridade por nossos legisladores e juízes. Só, assim, haverá um resgate do caráter humanitário e antropológico do processo penal e da própria jurisdição.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Jurisprudencia Consolidada** (o bien de la comodidad del juzgar). In: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme, SP: CL Edijur, 2015.

CARVALHO, Marco Antônio; GODOY, Marcelo. Audiência de custódia revoga 40% das prisões. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 mar. 2015. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoas,1655034>. Acesso em: 22 nov.2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/impressa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 7 abr. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais**. Instituto Avante brasil, São Paulo, 24 fev. 2015 Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>. Acesso em: 27 nov. 2023.

JAPIASSÚ, C. E. A. **Alternativas à prisão no Brasil**: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação da população carcerária. Revista Derecho Penal, v. 1, p. 115-132, 2012.

LOPES JR., Aury. **Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz**: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo, RT 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PEGORARO, Lucio. **Estudio Introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos, Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31219.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

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

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Editora Juspodivm. 9ª Edição, 2021. p. 120.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 157, destaques do original.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Roberta Espinha Corrêa¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo verificar se a tributação fundamentada nos princípios norteadores do sistema tributário nacional possa ser considerada um instrumento para se alcançar a justiça social no Brasil. Isto porque o sistema tributário é um instrumento muito poderoso para reduzir as desigualdades sociais e regionais e os recursos retirados dos cidadãos são indispensáveis para a concretização de medidas que vão além do crescimento econômicos, mas também a eliminação da pobreza, a justiça fiscal e social, assim como um desenvolvimento sustentado. O ideal de justiça social pressupõe a existência de justiça tributária na sociedade e os direitos sociais consagrados na nossa Constituição só podem ser implementados de forma eficaz, caso haja uma justiça maior na arrecadação do tributo, assim como na destinação dos recursos tributários. E nós cidadãos, temos o dever de fiscalizar e verificar a aplicação da arrecadação dos tributos, protegendo o erário público contra desvios de verbas. O grande desafio do Estado brasileiro é tributar respeitando a função social do tributo, haja vista a sua obrigação em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é obrigação do Estado proporcionar aos cidadãos brasileiros as condições mínimas de existência digna.

Palavras-chave: Tributação; princípios norteadores; justiça social; justiça tributária; função social do tributo; dignidade da pessoa humana; existência digna.

Abstract

This article aims to verify whether taxation based on the guiding principles of the national tax system can be considered an instrument to achieve social justice in Brazil. This is because the tax system is a very powerful instrument for reducing social and regional inequalities and the resources taken from citizens are indispensable for implementing measures that go beyond economic growth, but also the elimination

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa; Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa, Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada e sócia fundadora do escritório Sette Câmara, Corrêa e Bastos Advogados Associados, fundado em 1990 e com sedes em Minas Gerais e São Paulo. E-mail: robertacorreia@scbadvogados.adv.br.

of poverty, fiscal and social justice, as well as sustained development. The ideal of social justice presupposes the existence of tax justice in society and the social rights enshrined in our Constitution can only be implemented effectively if there is greater justice in the collection of taxes, as well as in the allocation of tax resources. And we citizens have the duty to monitor and verify the application of tax collection, protecting the public treasury against embezzlement. The great challenge for the Brazilian State is to tax while respecting the social function of the tax, given its obligation to respect the principle of human dignity, as it is the State's obligation to provide Brazilian citizens with the minimum conditions for a dignified existence.

Keywords: Taxation; guiding principles; social justice; tax justice; social function of tribute; dignity of the human person; dignified existence.

Introdução

A sociedade brasileira vem questionando há muito tempo a justiça no atual sistema tributário nacional, diante de uma elevada carga tributária, uma das maiores do mundo, a guerra fiscal entre os entes tributantes, assim como o excessivo arrocho ao contribuinte, cuja tributação oprime o cidadão comum e as atividades produtivas.

Por outro lado, essa voracidade do nosso sistema tributário não tem equivalência em termos de qualidade e quantidade com as ações sociais praticadas pelo Poder Tributante, de modo a cumprir as determinações constitucionais quanto aos direitos sociais.

Verifica-se que o Estado cada vez mais tem o papel de promover o desenvolvimento do homem no exercício de suas atividades fins para obtenção de recursos e de sua aplicação na promoção do bem-estar dos cidadãos visando a dignidade da pessoa humana.

A busca pela concretização do bem-estar e da dignidade humana é um esforço que deve ser não somente dos institutos públicos como também dos privados. E a arrecadação de tributos mesmo não sendo o único meio de sustentação de um Estado, é certamente, o maior dos meios de financiamento público, ou seja, a tributação é uma das principais, senão a principal fonte geradora de receita do Estado, para financiar as suas atividades fins.

Dessa forma, a tributação tornou-se a ferramenta mais eficiente para propiciar dignidade humana aos cidadãos, em especial os direitos fundamentais à saúde, à educação, ao lazer, à segurança e também à cultura.

E, portanto, para alcançar a justiça social é necessária uma carga tributária mais justa e efetiva, consolidando, assim, os objetivos do Estado Democrático de Direito. O que almeja a população brasileira é uma maior justiça na arrecadação tributária, além de uma proba e efetiva destinação da receita que se arrecada com os tributos auferidos pelo Estado, que estão diretamente ligados aos chamados direitos sociais.

Importante frisar que o presente estudo não pretende fazer uma análise de modelos tributários já experimentados posteriormente ou mesmo o atual sistema no Brasil com as alterações inseridas pela Emenda Constitucional nº 132 de 20/12/2023, que mudou o sistema de tributação do consumo no país, mas que terá um período de transição no início de 2026 até 2033.

O que se busca com este estudo é demonstrar que a função social do tributo decorre de uma obrigação constitucional do Estado, através de um planejamento racional dos recursos arrecadados, tendo em vista que o objetivo principal é o alcance da dignidade humana, conforme determinação da nossa Constituição. Resta evidente, portanto, que a tributação é um instrumento do Estado e do cidadão e por este motivo necessariamente deve estar em total harmonia com os princípios que regem os tributos, posto a necessidade que o Estado tem em relação à tributação, por ser a principal fonte de recursos que tem o Estado para adimplir com suas funções e obrigações impostas pela Constituição perante a sociedade. O que é importante deixar claro é que a tributação não é somente um sacrifício do cidadão, mas sim um dever fundamental em prol da coletividade, pois somente através da tributação é que será possível o fornecimento dos meios para a realização dos direitos fundamentais. Ou seja, os objetivos principais da tributação seriam o desenvolvimento econômico, a erradicação da pobreza e a justiça fiscal e para alcançar estes objetivos somente uma tributação justa que efetivamente favoreça o crescimento econômico da população.

1 A Tributação e a sua função social na Constituição Brasileira

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu em seu artigo 3º, inciso III, como um de seus objetivos “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, o que impõe como um dever a ser perseguido por todos os brasileiros o combate à desigualdade.

E, diante dos ditames constitucionais, à tributação conduzida pelo Estado torna-se primeiramente um dever de solidariedade social, de prover e manter a máquina pública, tendo em vista que “a solidariedade social não é apenas uma ideia, é um princípio do nosso Direito Positivo, pelo menos a partir da Constituição Federal de 1988, que o alberga expressamente em dispositivo segundo o qual constituem objetivos fundamentais de nossa República, construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Machado, 2010, p. 50).

Tendo em vista que o sistema econômico adotado pela Constituição Federal, que é o capitalismo preza pela propriedade privada e sua liberdade de iniciativa, o que se verifica é que ocorrem, de forma inevitável, os desequilíbrios sociais, motivo pelo qual o legislador constituinte inseriu a solidariedade em todo o sistema constitucional.

Desta forma, caberá ao Estado, através do poder de tributar, corrigir esta desigualdade social advinda do modelo econômico constitucional, pois

[...] o direito de tributar nasce, justamente, da opção da Constituição brasileira pela liberdade de iniciativa e proteção à propriedade privada (art. 5º, XXII e XXIII da CF/1988). O caminho adotado pela Constituição, entretanto, implica em compromissos no sentido contrário: o Estado Fiscal não prescinde do combate à injustiça social ocasionada pela liberdade da iniciativa. “Cabe ao Estado aceitar a liberdade de iniciativa, remediar os desequilíbrios por ela ocasionados.” (Rosso, 2009, p. 268).

Assim sendo, no Brasil, a Constituição Federal impôs a busca da justiça social, tributária e fiscal e a função social é a principal função do Estado Brasileiro para a realização da justiça social.

Verifica-se, portanto,

[...] a tributação no Brasil não pode ser considerada um mero instrumento de geração de receitas para o Estado, mas um instrumento que, apesar de ter esse objetivo mediato, também deve estar em sintonia com os demais objetivos constitucionais. E, a finalidade que busca o legislador infraconstitucional impõe que o tributo deve cumprir na atualidade uma função que caberia ao Estado contemporâneo cumprir: a função social. Portanto, o tributo na atualidade é instrumento de alcance daquela função social do Estado e ao mesmo tempo cumpre, também, sua função social (Mota, 2010, p. 201).

Destarte, a atividade tributária deve ser compreendida como um poder intrínseco ao Estado e desta forma o pagamento de tributos não poderia ter uma rejeição social, mas sim um dever cívico, baseado também na solidariedade, sendo que a contribuição com as despesas estatais estaria de acordo com a capacidade contributiva de cada um (Buffon e Matos, 2015, p. 85).

Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 290) nos dá a lição de que “empreender estudo sobre a função social do tributo é compreender a própria função do Estado e os valores que o sistema estatal quer ver implementados na figura da Carta Maior”.

E com o mesmo argumento que utilizamos neste capítulo, Alessandro Mendes Cardoso (2014, p. 134-135) explica que

[...] o Estado passou a assumir um papel preponderante na vida social em todas as suas esferas, tendo funções como organizar, coordenar e principalmente impulsionar a atividade econômica. E tudo isso ainda cabe ao Estado a função das desigualdades sociais, motivo pelo qual o tributo não fica restrito à finalidade meramente fiscal.

E assim, Cardoso (2014, p. 134-135) entende que “existe uma dupla justificação para a tributação: a tradicional, de sustentar o aparato fiscal; e a novel, de influir diretamente na estrutura social, contribuindo para a efetivação da equidade entre os cidadãos”.

Concluimos, portanto, que não obstante a base do Estado brasileiro ser o regime capitalista há uma determinação constitucional pela busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

O que verificamos é que esta reflexão se aplica também aos tributos, razão pela qual é necessário preservar a sua função social para obtenção da justiça fiscal, que é um dos objetivos do Estado brasileiro. E utilizando-se da aplicação do tributo como um instrumento social é que conseguiremos alcançar uma política social justa e distributiva (Domingos, 2015, p. 85-86).

Resta evidente, portanto, que a tributação é um instrumento do Estado e do cidadão e por este motivo necessariamente deve estar em total harmonia com os princípios que regem os tributos, posto a necessidade que o Estado tem em relação à tributação, por ser a principal fonte de recursos que tem o Estado para adimplir com suas funções e obrigações impostas pela Constitui-

ção perante a sociedade. O que é importante deixar claro é que a tributação não é somente um sacrifício do cidadão, mas sim um dever fundamental em prol da coletividade, pois somente através da tributação é que será possível o fornecimento dos meios para a realização dos direitos fundamentais. Ou seja, os objetivos principais da tributação seriam o desenvolvimento econômico, a erradicação da pobreza e a justiça fiscal e para alcançar estes objetivos somente uma tributação justa que efetivamente favoreça o crescimento econômico da população. E para alcançar estes objetivos a tributação fundada nos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da progressividade consegue ser um instrumento que alcança a justiça social, por meio de uma carga tributária mais justa e efetiva e, conseqüentemente a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Contudo, todo o caminho passa necessariamente por um princípio ainda maior, único e basilar, podendo ser considerado um bem jurídico que estrutura, que alicerça toda a nossa Constituição e, conseqüentemente, todo o Sistema Tributário Nacional. Este princípio, não poderia ser outro, a não ser a dignidade da pessoa humana.

1. A Dignidade Humana e a função social do tributo

Constituições republicanas que consagram a dignidade da pessoa humana como a base do Estado Democrático de Direito, tal como ocorre no Brasil, conforme artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira de 1988, deixam explícito que a pessoa humana está em lugar acima da organização política (Corrêa, 2019, p. 395-396).

Assim, com base neste princípio fundamental, a Constituição de 1988 estabeleceu que a ordem econômica do nosso Estado é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (Brasil, 1988, art. 170). Portanto, temos, então, que a finalidade da ordem econômica é a existência digna sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Salete Domingos (2015, p.98),

[...] a Constituição brasileira pode ser considerada um marco na história dos direitos humanos no país, pois nela o constituinte elencou todas as dimensões desses direitos. E, principalmente diante do passado histórico

de redemocratização do Estado brasileiro com a ruptura do regime militar em 1985, a Constituição Federal estabeleceu como seu principal alicerce a dignidade da pessoa humana. Ao trazer o princípio da dignidade como fundamento do Estado brasileiro, a Carta Magna estabeleceu este princípio como alicerce de todo o Estado Democrático de Direito, comprovando-se assim, que o Estado existe em razão da pessoa humana.

Portanto, a vida humana constitui um bem jurídico, por ser um direito fundamental conforme estabelecido pela própria Constituição Federal Brasileira (Corrêa, 2020, p. 399), ao dizer que “a dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos” (Sarlet *apud* Corrêa, 2020, p. 399)

Pactuando com o entendimento do Ministro homenageado na presente obra literária, Dr. Carlos Ayres Britto, a expressão “dignidade da pessoa humana, ali naquele dispositivo ainda não é todo o humanismo; é a parte do humanismo que mais avulta, de modo a ocupar uma posição de centralidade no âmbito mesmo dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro (Britto, 2016, p. 138). E complementa nosso homenageado que:

[...] necessário traço de união entre o humanismo como valor cultural genérico e a democracia como específico valor jurídico, a ponto de o primeiro se dissolver na segunda: é que não há nada de essencial ao humanismo que já não se contenha no espectro atual da democracia. Por isso que esta o absorve e a ele comunica sua natureza de tema central de Direito Constitucional (Britto, 2016, p. 42).

Para Ayres Britto (2016, p. 92-93) é importante perguntar se determinada Constituição é ou não dirigente, ou seja, se ela mesma faz da governabilidade, que é própria do Poder Executivo uma governabilidade caracteristicamente constitucional. E, no caso da Constituição brasileira, para o ilustre homenageado, a resposta é afirmativa, pois já no seu artigo 1º a Constituição denominou os fundamentos da República Federativa do Brasil como sendo a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. E, no artigo 3º,

[...] a Constituição passou a nominar os objetivos fundamentais dessa mesma república federativa, a saber: construir uma sociedade livre, justa

e solidária (inciso I), garantir o desenvolvimento social (inciso II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III), promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV) (Britto, 2016, p. 93).

E assim, continua informando que a Carta Magna

[...] teve o cuidado de fazer dos três poderes elementares da União verdadeiros elos ou pontes entre as normas-base do seu artigo 2º e as normas-fim do seu artigo 3º, deixando assim, claro, que os poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República e prestigiando sempre estes fundamentos, concretizar os fins que essa mesma República se destina. Ou cuidar para que estes fins não deixem de ser eficazmente procurados, que é o modo próprio de atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas (Britto, 2016, p. 94).

Discorrendo de forma explicativa e exemplificativa, o digníssimo Ministro homenageado, mostrou em sua excepcional obra literária, que a nossa Constituição foi estratégica e exaustiva no rol de dispositivos, de programas, deveres e atividades, com o objetivo de evidenciar que ela, a Constituição Federal se fez inusitadamente recamada de dispositivos para detalhar as coisas e assim, revestir-se da força de governar o próprio governo e a sociedade.

Ela é feita para valer, feita para governar de modo permanente quem governa de modo transitório. Isto porque ela, Constituição, é a expressão formal de uma vontade que também se define como permanente, que é a vontade da nação brasileira. [...] E, mais do que ser a Lei Fundamental do Estado, ela é de todo o povo brasileiro, pois a Constituição Federal é a Lei Fundamental da nação brasileira (Britto, 2016, p. 98-99).

Por fim, arremata o nosso homenageado que a nossa tão legitimada Constituição de 1988 foi elaborada para instituir um Estado Democrático, não qualquer um, mas um Estado Democrático

“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 e comprometida, na ordem

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, por conseguinte, uma democracia requintadamente estruturada para garantir ao País a melhor qualidade de vida política, econômico-social e fraternal. E que já é a tradução do mais recorrente humanismo e razão de ser da centralidade material de que ela, democracia de três vértices, desfruta no interior da Constituição mesma (Britto, 2016, p. 110-111).

Diante de tudo que foi dito pelo Ministro Carlos Ayres Britto, nosso homenageado, podemos afirmar que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual também entendemos que é um bem jurídico, juntamente com os demais fundamentos previstos no artigo 1º da Carta Magna, dão sustentação a todo ordenamento jurídico constitucional, que inclui, inclusive, o Sistema Tributário Nacional.

E, no que diz respeito à tributação, verifica-se que esta é um instrumento para concretizar o princípio da dignidade humana, pois certo que este princípio “compõe o acervo de princípios constitucionais gerais, válidos para a plenitude do ordenamento e por isso, influenciando, decisivamente, no setor dos fenômenos jurídico-tributários” (Carvalho, 2012, v. 1, p.59).

Correto afirmarmos, portanto, que o princípio fundamental que está intrinsecamente ligado ao Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana, por ser a dignidade o primeiro direito fundamental de todo o sistema constitucional e a última armação e estrutura do abrigo dos direitos individuais, pois é a dignidade que dá a direção e o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete (Nunes, 2012, p. 45).

2 A utilização do tributo para concretizar a dignidade humana

A terminologia Direitos Humanos está diretamente ligada à ideia de valores ou direitos ligados ao ser humano com escopo principal de garantir a dignidade (Domingos, 2015, p. 90).

Norberto Bobbio (2004, p.30) entende que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais e desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos), para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.

Os direitos humanos para a maioria dos doutrinadores estão divididos em três dimensões:

a. A primeira dimensão (direitos de liberdade): aquilo que o Estado deve proteger na esfera de autonomia do indivíduo, como direitos civis e políticos normatizados na Carta das Nações Unidas (1945), na Declaração do Homem (1948) e no Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966);

b. A segunda dimensão: direitos sociais, econômicos e institucionais como direito à educação, à saúde, à habitação e os trabalhistas, além de outros.

c. A terceira dimensão: direitos cuja titularidade é da comunidade, como direito à paz, à solidariedade, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e aos recursos naturais.

Portanto, para muitos doutrinadores os direitos humanos são aqueles considerados por uma sociedade e época, ligados a valores éticos, morais e políticos, que darão condições mínimas para a concretização da existência com dignidade, liberdade e igualdade para todos (Domingos, 2015, p. 92).

E foi com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e a Declaração de Viena (1993) que os princípios do direito humanista se espalharam por todo o mundo, pois “somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo- pela primeira vez na história- todos os povos” (Bobbio, 2004, p. 54).

No Brasil, podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco na história dos direitos humanos no país, pois nela quis o constituinte elencar todas as dimensões desses direitos (Domingos, 2015, p. 98).

Assim sendo e, conforme demonstramos no capítulo anterior,

[...] a partir da promulgação da Carta de 1988, não se pode, de jeito algum, analisar a relação fisco-contribuinte ignorando-se que a dignidade da pessoa humana é o fundamento maior da República Federativa do Brasil, de forma que a arrecadação em dinheiro proveniente da atividade tributária será sempre em proveito da pessoa humana, para que o Estado possa cumprir sua função social assegurada pelo artigo 6º da Constituição Brasileira, o chamado Piso Vital Mínimo. Assim sendo, a partir de 1988, com a atual Constituição, a ideia de dignidade da pessoa humana passou a orientar e fundamentar qualquer interpretação constitucional (Corrêa, 2023, p. 978).

Portanto, diante dos ditames constitucionais de que a dignidade é um dos principais pilares do ser humano, tanto o Estado quanto a sociedade neces-

sariamente deverão utilizar todos os meios para que os indivíduos alcancem a plenitude de uma vida com dignidade.

Tal como formulado pelo Min. Carlos Ayres Brito:

[...] o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à Parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte (Britto, 2016, p. 27).

Na mesma linha do Ministro Ayres Britto, Jorge Miranda (2011, v. IV, p. 199) afirma que “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta”.

Assim sendo, o instrumento para concretizar essa vida digna é a tributação, o que nos faz concluir que a tributação não pode ferir o mínimo existencial.

Segundo Ricardo Lobo Torres (1990, p. 69), “o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos”. E complementa:

[...] outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais fundamentais, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa, etc, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições de liberdade. (Torres, 1990, p.69).

A concretização da dignidade humana somente ocorre se forem asseguradas as condições mínimas de existência, sem o qual a pessoa não sobrevive, a exemplo do direito à alimentação, saúde e educação.

Analisando-se a nossa carga tributária e o seu impacto sobre o mínimo constitucional, verificamos que em 2022 a carga tributária bruta (CTB) dos governos federal, estadual e municipal atingiu 33,71% do PIB em relação a 2021, que foi de 33,05%, com uma arrecadação tributária total de R\$3,34 trilhões de reais (Brasil tem [...], 2023, p. 2), colocando o Brasil entre os 30 países

que mais arrecadam com impostos, mas também o que dá menos retorno para a população dentre estes 30 países.

Na reportagem do jornal que trouxe a informação e dados que apresentamos, o IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário) levou em consideração a carga tributária em relação ao PIB, ou seja, “toda a riqueza produzida no país, e o Índice de Desenvolvimento Humano IDH, que mede a qualidade de vida da população”. E a conclusão foi que apesar dos recordes sucessivos de arrecadação tributária, o Brasil continua oferecendo péssimo retorno aos contribuintes no que se refere à educação, saúde, segurança, saneamento básico, dentre vários serviços. E o pior, o Brasil fica atrás de outros países sul-americanos, como Uruguai e Argentina (Brasil tem [...], 2023, p. 3).

Portanto, diante dos dados mencionados é necessário se perseguir a justiça social tributária como uma prioridade em nosso país, sob pena de, se assim não se fizer, que a dignidade da pessoa não seja jamais alcançada, nem tão pouco o mínimo existencial, em total desrespeito à nossa Carta Magna de Direitos de 1988.

Considerações Finais

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito como é o Brasil, o seu fundamento é o império da lei, como resultado da reflexão e cooperação de todos os cidadãos. A Carta Magna estabeleceu que a República Federativa do Brasil tem como pilares fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana, assim como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, como seus objetivos essenciais construir uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e também reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos (Brasil, 1988, art. 3º). Portanto, o Estado Democrático de Direito não é uma forma oca de governo, onde é possível conviver privilégios, desigualdades e oligarquias (Camargos, 2001, p. 230-231).

Desta forma,

[...] o Estado Brasileiro deve necessariamente, colocar-se a serviço de uma nova ordem social e econômica mais justa, com menos desigualdade, para que seja possível que cada pessoa humana consiga desenvolver de forma digna e plena a sua personalidade e, portanto, tem o Estado a

obrigação de atuar de forma efetiva na realidade social do país, valendo-se de instrumentos que mitiguem as desigualdades socioeconômicas que existem entre os cidadãos, pois se trata de uma tarefa essencial do Estado Democrático de Direito (Camargos, 2001, p. 230-231).

E sem sombra de dúvidas, o sistema tributário é um instrumento muito poderoso para reduzir as desigualdades sociais e regionais, construindo um quadro econômico de igualdade de oportunidades, sendo, portanto, a tributação, essencial para que o Estado tenha recursos financeiros tanto para com o seu próprio sustento, como também, para que consiga cumprir suas funções constitucionais perante a sociedade. Isto porque “o poder tributar consiste no poder-dever do Estado de exigir a submissão financeira da sociedade para sua existência e manutenção” (Pichialiani, 2018).

E, o Estado Brasileiro, como um ente criado pelo meio social para atender seus objetivos e interesses expressos na Constituição Federal, tem um dos principais instrumentos, que é o poder de tributar, para concretizar estes anseios, especialmente os direitos sociais previstos na Carta Magna em seu artigo 6º a saber: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência a desamparados.

Assim sendo, o sistema tributário deve ter como objetivos o crescimento econômico, da mesma forma que a eliminação da pobreza, da justiça fiscal e social, além do desenvolvimento sustentado. E, sem dúvidas, os recursos tirados dos cidadãos são indispensáveis para a concretização dessas medidas (Ribeiro; Gesteiro, 2005, p. 71).

E é exatamente pela influência do social que nasce a necessidade de ser solidário e portanto, os deveres fundamentais estão vinculados à ideia de solidariedade social, ou seja, por vivermos em uma sociedade é que temos deveres sociais (Buffon, 2009, p. 85). E sem dúvida, a tributação nos oferece os meios para realizarmos os direitos fundamentais, tornando, assim, o pagamento de tributos um dever fundamental e não simplesmente uma forma de sacrifício do povo brasileiro, pois vai muito além disso, trata-se de um dever de contribuição ao Estado para que ele possa cumprir suas atividades de interesses de toda a sociedade (Cunha, 2016).

Portanto, o ideal da justiça social pressupõe a existência de justiça tributária na sociedade, de modo que os direitos socialmente assegurados pela

nossa Carta Magna só podem ser implementados eficazmente, caso haja uma justiça maior tanto na arrecadação do tributo quanto na destinação dos recursos tributários, já que a tributação é sem dúvida o recurso financeiro mais expressivo que o Estado tem, dentre outros.

Como o tributo tem uma função social, nós, os cidadãos, temos obrigação de fiscalizar e verificar a aplicação da arrecadação dos tributos pelo Estado, de forma a proteger o erário público contra desvios de verbas. Ou seja, a comunidade deve se tornar um órgão fiscalizador. E, por mais fria que seja a definição de tributo inserida nos manuais de direito financeiro e tributário, devemos reconhecer que o tributo desempenha um papel social, apesar da sua compulsoriedade. Como nenhuma relação pode beneficiar somente um lado, entendemos que o Estado deve apresentar uma contrapartida na arrecadação, como diriam os romanos “*summum jus, summa injuria*” (Minikovsky, 2011, p. 82-83).

E para se fazer uma distribuição igualitária de riquezas é necessária uma tributação justa, que só pode ser alcançada com um sistema tributário que respeite os princípios constitucionais. Para o Estado atingir o bem comum, o seu grande desafio é fazer com que a tributação não tenha apenas a função arrecadatória, mas também a função social. Para isso, o Estado vem interferindo cada vez mais na economia privada, demonstrando claramente sua preocupação com o cumprimento de sua função social, para estar em conformidade com o Estado Democrático de Direito e em sintonia com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º que consagrou os fundamentos da República, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (Domingos, 2015, p. 117-118).

Para haver um equilíbrio nas relações que envolvem a tributação, é necessário o respeito aos ditames constitucionais, os direitos fundamentais e o mais importante, observar os princípios norteadores do sistema tributário.

E, dessa forma, não há outro caminho para a política tributária a não ser respeitar a função social do tributo, para que assim, seja uma política social justa e distributiva. Verificamos que o grande desafio do Estado brasileiro é tributar respeitando a função social do tributo, haja vista a sua obrigação em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme determinado pela nossa Carta de Direitos de 1988. E, não poderia ser de outra forma o papel do Estado,

a não ser garantir a efetividade deste princípio básico, proporcionando aos cidadãos brasileiros as condições mínimas de existência digna. Para que assim o faça, deve o Estado oferecer serviços públicos em prol do desenvolvimento humano e, para isso precisa arrecadar o tributo, pois para oferecer tais serviços precisa de receita. Não quer dizer que o Estado é necessariamente um provedor absoluto, mas sim, “uma instituição que deve proporcionar condições favoráveis às pessoas, permitindo-lhes viver dignamente e assegurando-lhes, por todos os meios, o exercício de direitos e garantias individuais” (Domingos, 2015, p. 119). Outro caminho não há para o Estado e a sociedade senão buscarem através de todos os meios a plenitude de uma vida digna para os brasileiros. E como vimos neste estudo que apresentamos, a tributação é um instrumento voltado para que seja possível alcançarmos essa condição, podendo assim, concluir que, a obrigação tributária não pode ferir o mínimo existencial.

Aliás, é exatamente ao contrário, pois a imposição tributária deve garantir a manutenção do Estado, para que ele possa garantir o mínimo existencial a todos os cidadãos, especialmente àqueles que estejam à margem da sociedade. Ou, como bem dito por Ayres Britto que a nossa Constituição é revestida da força de governar o próprio governo e a sociedade

[...] chegando ao requinte de incluir um título devotado aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’ situações jurídicas ativas que já correspondem àquela noção do ‘mínimo existencial’, de modo a sobrepujar a própria cláusula financeira da reserva do possível”. E complementa que a fixação do salário mínimo atenda as despesas do trabalhador e sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e que estes “itens de despesas que ela mesma Constituição, designa por ‘necessidades vitais básicas’, resultando óbvio que ‘necessidades vitais básicas’ não comportam desatendimento” e que “têm que ser supridas como o epicentro mesmo da democracia social, por se tratar de lúdima questão de honra humanista (Britto, 2016, p. 98).

Conforme informamos no item 3 deste trabalho, o Brasil tem uma das maiores arrecadações tributárias do mundo, com recordes sucessivos de arrecadação, mas continua oferecendo um péssimo retorno aos seus contribuintes, seja na área da saúde, da educação, segurança, saneamento básico, dentre outros. Contudo, o bem-estar do povo brasileiro depende da aplicabilidade devida, correta e justa dos tributos arrecadados pelo Estado. Cabe ao

Estado promover ações para garantir efetivamente o mínimo existencial aos cidadãos em áreas como educação, saúde e habitação, de forma a garantir os direitos humanos nestas áreas.

No nosso entendimento outro caminho não há para o Governo brasileiro a não ser a busca pela justiça social tributária diante da função social do tributo, conforme determinado pela nossa Constituição de 1988, em homenagem e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios basilares constitucionais, garantindo e propiciando, portanto, o mínimo existencial aos indivíduos, além de utilizar todos os meios para que estes alcancem a plenitude de uma vida digna.

Assim sendo, concluímos que a tributação fundada nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais previstos na Constituição, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, pode ser um instrumento para se alcançar a justiça social, por meio de uma carga tributária justa e efetiva, o que consequentemente, consolidaria os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, no Brasil. “O Estado ainda é o mais eficaz instrumento disponível pelo qual uma sociedade politicamente organizada é capaz de buscar seus objetivos comuns, entre os quais o de assegurar a proteção dos direitos jurídicos de todos” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 197).

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

Brasil tem elevada carga tributária e pouco retorno para o cidadão. **Jornal O Tempo**, Belo Horizonte, 05 jul. 2023. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/brasil-tem-elevada-carga-tributaria-e-pouco-retorno-para-o-cidadao-veja-ranking-1.2982875>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassinide. **Tributação no Brasil no século XXI: uma abordagem hermenêutica crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN:978-85-7700-088-3.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **O imposto territorial rural e a função social da propriedade**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001. ISBN:85-7308-508-8.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, v. 1, 2012.

CORRÊA, Roberta Espinha. **Aspectos Polêmicos do Direito Penal Luso-Brasileiro**. São Paulo: Garcia Edizioni, 2019. ISBN:978-85-5512-668-0.

CORRÊA, Roberta Espinha. **Estudos em Homenagem à Professora Stela Barbas**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

CORRÊA, Roberta Espinha. **Direito, Bioética e Saúde. Estudos em Homenagem à Professora Stela Barbas**. Coimbra: Ed. Almedina, 2023. ISBN:978-972-408592-0.

CUNHA, Leonardo Dias. A capacidade contributiva como critério de justiça tributária em face do dever fundamental de pagar tributos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** - PUC Minas Serro, n. 13, jan/jul. 2016.

DOMINGOS, Salete de Oliveira. **A função social do tributo sob o enfoque do princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. ISBN:978-85-8440-237-3.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos. Porque a liberdade depende dos impostos.** Tradução: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2019. ISBN:978-85-469-0214-9.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINIKOVSKY, Cléverson Israel. **A função social do tributo.** São Paulo: Clube de Autores, 2011. MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiça Social, tributária e fiscal no Brasil: uma busca imposta pela Constituição. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 8, n. 93, jul/agosto 2010.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PICHIALIANI, Maurício Carlos. **Manual de Direito Tributário.** 1. Ed. São Paulo: Editora Rideel, 2018. Disponível em <https://plataforma.bvirtual.com.br/Acervo/Publicacao/182328>. Acesso em: 16 fev. 2024.

RIBEIRO, Maria Fátima. GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 5, jan./jun. 2005.

ROSSO, Paulo Sérgio. Tributação e Solidariedade no Estado Brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 17, n. 85, mar./abr. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, n. 42. 1990.

POLÍTICA TRIBUTÁRIA E AGROTÓXICOS: ANÁLISE DE ASPECTOS CONTROVERSOS

Andressa C. Schneider¹

Leonardo C. Napp²

Resumo

Desde a década de 1960 o Brasil mantém uma política tributária que beneficia a utilização de agrotóxicos na agricultura por meio de um tratamento tributário diferenciado, que considera tais insumos como produtos cujo uso deve ser estimulado. Inobstante todos os desenvolvimentos inerentes à agricultura nacional nas últimas décadas e, *pari passu*, o reconhecimento de danos graves à saúde humana (de trabalhadores e de consumidores) e ao meio ambiente causados pelo uso de agrotóxicos, muito pouco se pensou sobre a necessidade de o País continuar implementando tal política. O presente artigo pretende, assim, propor uma reflexão sobre tais questões, apresentando os principais desdobramentos do tema no âmbito legislativo e judicial.

Palavras-chave: Direito Tributário. Direitos humanos. Meio ambiente. Agrotóxicos.

Abstract

Since the 1960s, Brazil has maintained a tax policy that benefits the use of pesticides in agriculture through differentiated tax treatment, which considers such substances as products whose use should be encouraged. Despite all the developments inherent to national agriculture in recent decades and, *pari passu*, the recognition of serious damage to human health (of workers and consumers) and the environment caused by the use of pesticides, very little thought has been given to the need to Country continues to implement this policy. This article therefore intends to propose a reflection on such issues, presenting the main developments of the topic in the legislative and judicial sphere.

Keywords: Tax law. Human rights. Environment. Pesticides.

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. E-mail: andressa.schneider@poa.ifrs.edu.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0286083890164654>.

2 Doutorando em Direito na *Justus-Liebig-Universität Gießen*. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: lcoppolanapp@gmail.com. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0391178630350587>.

Introdução

O progresso científico e tecnológico, inicialmente voltado para fins militares durante e após a Segunda Guerra Mundial, como é o caso das armas químicas, foi posteriormente adaptado para outros setores, incluindo a agricultura, exemplificado pelo uso de agrotóxicos. Este desenvolvimento conduziu a novas tecnologias, assim como a uma expansão da mecanização e industrialização das atividades agrícolas, particularmente evidente a partir das décadas de 1960 e 1970, um fenômeno conhecido como “Revolução Verde”. Entretanto, a preocupação com as consequências ambientais decorrentes do emprego de biocidas na agricultura permanece sendo um assunto crucial nas discussões sobre meio ambiente até os dias atuais. (Sarlet; Fensterseifer, 2014, p. 42–43)

Nesse contexto, os agrotóxicos desencadearam, a seu modo, uma verdadeira crise ambiental global, que se reflete, entre outros, na perda de biodiversidade, contaminação da água e impactos à saúde humana. Ressalta-se a falta de políticas internas e internacionais eficazes para mitigar os efeitos nocivos dos agrotóxicos e a necessidade de um desenvolvimento sustentável, que não signifique lesão ao meio ambiente.

Nessa esteira, é consenso na Ciência o surgimento de uma nova era geológica influenciada significativamente pelas atividades humanas, sobretudo após o início da Revolução Industrial, conhecida como Antropoceno. Este termo, cunhado pelo químico Paul Crutzen, reflete a grande escala e o impacto das atividades humanas no planeta, desde a provocação da sexta grande extinção de espécies até mudanças significativas na atmosfera devido à liberação de carbono acumulado por milhões de anos. A humanidade passou a ser uma força geológica dominante, capaz de alterar os ciclos naturais da Terra de maneira sem precedentes na história natural.

Desde a promulgação da Lei nº 4.829/1965 no Brasil, que estabeleceu as bases para o crédito rural, observa-se a influência da “Revolução Verde” no país. Esta lei teve como objetivo facilitar o financiamento para o uso de agrotóxicos, refletindo um movimento global iniciado na década de 1950. Esse período marca o início de um aumento significativo no emprego de agrotóxicos no Brasil e em outros países, sobretudo naqueles em processo de desenvolvimento, promovendo o crescimento da indústria de agrotóxicos com apoio estatal. (Coratto; Turatti, 2022, p. 5)

O verdadeiro motor por trás da imensa indústria agrícola é, na realidade, o petróleo. O seu papel vai muito além do simples fornecimento de combustível para o transporte, uma interpretação superficial e equivocada. Este recurso natural limitado desempenha um papel crucial ao energizar maquinários agrícolas e facilitar a extração, o processamento e o fornecimento de fertilizantes essenciais, como fosfato e potássio, para a cadeia produtiva. Adicionalmente, o petróleo serve como a principal matéria-prima na produção de todos os tipos de agrotóxicos, sublinhando sua importância fundamental e multifacetada na agricultura moderna. (Napp, 2022, p. 38)

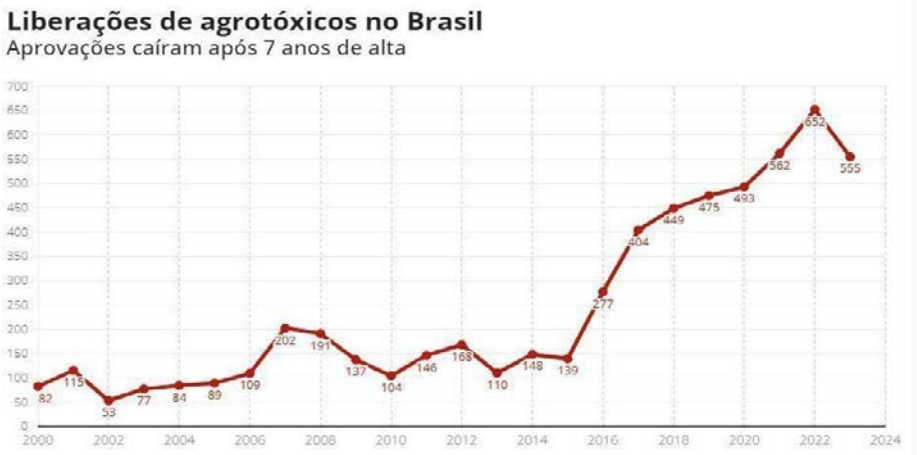
Os herbicidas à base de glifosato e 2,4-D, que foram os ingredientes ativos mais comercializados no Brasil em 2018, com vendas totalizando mais de 243.000 toneladas, constituem uma séria ameaça à saúde pública. Pesquisas realizadas tanto no Brasil quanto em outros países evidenciam uma forte associação entre a exposição a esses compostos e o aumento no risco de desenvolver linfoma não Hodgkin. Além disso, é notável que várias das substâncias mais vendidas no país são banidas nas nações onde são produzidas. Por exemplo, o 2,4-D foi proibido na Suécia em 1990; a atrazina, um herbicida, foi banida em todos os países da União Europeia desde 2004; e o acefato, outro agrotóxico, não é comercializado na Europa desde 2003. (Coratto; Turatti, 2022, p. 24)

O controle estatal sobre agrotóxicos, que consiste na autorização, reavaliação e proibição dessas substâncias, além de outros temas conexos, era regulado, até 26.12.2023, pela Lei nº 7.802/1989, cuja edição contou ativamente com a participação de movimentos e associações da sociedade civil, como a Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural (AGAPAN), fundada por ambientalistas em 1971 com a liderança, entre outros, de José Lutzenberger, ex-Secretário Especial do Meio Ambiente, com *status* de ministro, de 1990 a 1992.

A Lei nº 14.785/2023, também conhecida na mídia brasileira como “pacote do veneno”, elevou o papel do Ministério da Agricultura e Abastecimento (MAPA), ou na dicção da lei “o órgão federal responsável pelo setor da agricultura”, ao de único órgão com poder decisório sobre o registro de agrotóxicos, tendo sido o Ibama e a Anvisa transformados em órgãos auxiliares e sem poder de veto (art. 4º da Lei).

Já nos anos anteriores à edição do “pacote do veneno”, houve aumento explosivo do registro de agrotóxicos, cujas causas precisam ser melhor investigadas. Por exemplo, em que pese muito perigosa para o meio ambiente e altamente tóxica para a saúde humana, autorizou-se ainda em 2023 a substância clorotalonil, conforme apresentado no gráfico 1. (Salati, 2024)

Gráfico 1: Evolução histórica do número de registros de agrotóxicos no Brasil



Fonte: Salati (2024)

Percebe-se, ainda, que entre 2019 e 2022, durante a gestão do ex-presidente Jair Bolsonaro, houve a liberação de 2.182 agrotóxicos, representando o maior número de registros concedidos em um período presidencial desde 2003. (Salati, 2023)

1 Contexto Histórico e Atual da Tributação de Agrotóxicos no Brasil

A saúde é um direito fundamental e o Estado tem o dever de protegê-la, assim como garantir um meio ambiente equilibrado, ambos direitos reconhecidos pela Constituição Federal brasileira. A concessão de benefícios fiscais aos agrotóxicos, que incentivam seu uso, enfrenta questionamentos quanto à sua compatibilidade com a proteção à saúde e ao meio ambiente, considerando os danos potenciais desses produtos.

A análise da constitucionalidade desses benefícios fiscais é complexa, envolvendo tanto o controle repressivo quanto o controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa análise considera o impacto dos agrotóxicos na saúde pública e no meio ambiente, além de avaliar a perda de arrecadação tributária decorrente dos benefícios fiscais concedidos a esses produtos, o que tem implicações significativas para as finanças públicas e a efetivação de políticas públicas essenciais.

A seletividade em matéria tributária é um princípio aplicado no sistema tributário e que visa a ajustar a carga tributária de acordo com a essencialidade do bem ou serviço. Esse princípio é especialmente relevante no contexto dos impostos sobre consumo, como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), permitindo que produtos considerados essenciais possam ser tributados com alíquotas menores em comparação com produtos considerados não essenciais, que seriam tributados com alíquotas maiores. A ideia aqui é promover a justiça social e econômica, reduzindo a carga tributária sobre itens de primeira necessidade, enquanto outros produtos supérfluos ou até mesmo nocivos contribuem proporcionalmente mais para a arrecadação tributária.

Aplicando esse princípio ao contexto dos agrotóxicos, a discussão pode girar em torno da conveniência e da constitucionalidade de se aplicar alíquotas reduzidas e outros benefícios tributários a essas substâncias. Por um lado, argumenta-se que, por serem essenciais para a produção agrícola e, consequentemente, para a segurança alimentar, os agrotóxicos poderiam se beneficiar de vantagens tributárias. Por outro lado, dada a preocupação crescente com os impactos ambientais e de saúde pública associados ao uso de agrotóxicos, questiona-se a adequação de tais benefícios, sugerindo-se que política tributária deveria desencorajar seu uso excessivo, promovendo práticas agrícolas mais sustentáveis e menos dependentes de insumos químicos, como a agricultura orgânica e agroecológica, na qual se inclui a agrofloresta.

O Brasil aplica benefícios fiscais aos agrotóxicos através da redução ou isenção de tributos federais, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto de Importação (II), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Destaca-se que, por meio de legislações específicas, como a Lei nº 10.925/04, as alíquotas de

PIS/PASEP e COFINS sobre a receita de importação e comercialização interna de agrotóxicos foram reduzidas a zero. (Coratto; Turatti, 2022, p. 77ss)

O incentivo financeiro público destinado à indústria de agrotóxicos no Brasil vem no bojo de um programa mais geral de incentivo à produção de commodities agrícolas pelo País. Por exemplo, a perda estimada de arrecadação devido a isenções fiscais concedidas à produção da soja, principal *commodity* agrícola de exportação, em 2022, foi de R\$ 56,81 bilhões apenas em tributos federais. Isso equivale a 15% do faturamento estimado para a produção de soja, de R\$ 400 bilhões. (Peres, 2023)

Quanto aos benefícios fiscais relacionados ao ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) para agrotóxicos no Brasil, destaca-se o Convênio ICMS 100/97, que é identificado como um mecanismo chave, criando possibilidades de desoneração fiscal para agrotóxicos, incluindo a redução da base de cálculo do imposto em 60% tanto para operações interestaduais quanto internas, além de isenção do imposto em operações internas e aproveitamento de créditos presumidos, tendo sido prorrogado diversas vezes até estender sua vigência até 2025.

A análise conduzida na legislação dos Estados e do Distrito Federal revela que a maioria optou pela isenção do ICMS em operações internas com agrotóxicos, resultando em significativa renúncia fiscal. Apenas Amazonas, Maranhão e Paraná adotaram a redução da base de cálculo, enquanto os demais Estados e o Distrito Federal concederam isenções, evidenciando uma uniformidade na abordagem fiscal favorável aos agrotóxicos em todo o país. (Coratto; Turatti, 2022, p. 84)

A dinâmica de formação de preços, influenciada pelas especulações no mercado de commodities, demonstra que o custo de produção dessas mercadorias não tem um impacto direto significativo sobre os preços finais. Isso indica que a justificativa de aumentar a competitividade dos produtos agrícolas brasileiros por meio da redução de custos associados aos agrotóxicos não se sustenta, caracterizando-se como um argumento falho. Portanto, mesmo que a promoção da competitividade de preços e a viabilidade da produção agrícola fossem os reais propósitos por trás dos incentivos tributários concedidos aos agrotóxicos, tal estratégia seria ineficaz. Isso se deve à maneira como os preços são estabelecidos nos mercados internacionais e ao fato de que os produtores rurais atuam como tomadores de preços, sem capacidade de influenciar diretamente esses valores. (Cunha, 2019, p. 80)

A ausência de tributação pela existência de benefícios tributários é uma forma de norma tributária com efeito indutor, só que com o sinal trocado, que estimula não só comportamentos de agentes na seara econômica, mas também com repercussões em aspectos sociais, políticos e até mesmo culturais. Basta pensar na tributação majorada do tabaco. (Freitas, 2019, p. 265)

A complexidade e o impacto dessas desonerações na arrecadação tributária e na política econômica nacional, contrasta com práticas internacionais, especialmente europeias, onde a tributação sobre agrotóxicos é utilizada como instrumento para desencorajar seu uso e promover práticas agrícolas mais sustentáveis. (Coratto; Turatti, 2022, p. 80)

Embora a União Europeia proíba diversos ingredientes ativos de agrotóxicos que são comercializados no Brasil, contraditoriamente há um grande influxo comercial desses produtos para nações menos desenvolvidas. Nos últimos cinco anos houve aumento nas vendas de agrotóxicos da União Europeia para o Brasil, da ordem de 13% nas exportações desses produtos para o Brasil. Isso totaliza 270 mil toneladas, sendo a Dinamarca o país líder no volume de exportações para o Brasil. (Zafalon, 2024)

2 Análise da ADI nº 5.553: Impactos da Política Tributária sobre Agrotóxicos

Em 29 de junho de 2016 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.553, questionando a política tributária³ do Estado brasileiro em relação à tributação dos agrotóxicos. Essa ação desafia especificamente duas partes do Convênio 100/1997, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), bem como certas seções da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Ipi), definidas pelo Decreto nº 7.660/2011.

O primeiro ponto de contestação se refere à cláusula que diminui em 60% a base de cálculo do ICMS para agrotóxicos nas saídas interestaduais. O segundo ponto permite que estados e o Distrito Federal apliquem essa

3 A política fiscal pode ser conceituada como a estratégia do Estado para gerir suas finanças, incluindo receitas, despesas e dívidas, visando a objetivos como crescimento e equidade econômica. Já a política tributária é um ramo da fiscal, concentrando-se especificamente na arrecadação e estruturação dos tributos, incluindo benefícios.

mesma redução em vendas internas de agrotóxicos. Adicionalmente, como terceiro ponto objeto de impugnação, o Decreto nº 7.660/2011 elimina completamente o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para agrotóxicos.

Em apertada síntese, de acordo com o demandante, a controvérsia da ADI não é sobre a viabilidade de conceder isenções tributárias em geral, mas sim a isenção concedida a substâncias tóxicas, a qual promove um uso excessivo que compromete os direitos fundamentais à saúde e a um ambiente saudável.

Destaca-se que o Brasil lidera o ranking mundial no consumo de agrotóxicos desde 2008, com o uso concentrado principalmente em quatro culturas: soja, cana-de-açúcar, milho e algodão. São citados dados do Anuário do Agromercado que indicam que as empresas produtoras desses “defensivos agrícolas” obtiveram uma receita líquida de aproximadamente R\$ 15 bilhões em 2010, sendo que 92% desse total pertence a empresas de capital internacional.

O autor da ADI argumenta, dessa forma, que os incentivos tornam o acesso a essas substâncias excessivamente fácil. Afirma também que essa isenção viola o princípio da seletividade tributária, ao promover uma “essencialidade às avessas”, ou seja, contrária ao bem-estar público.

O ministro Edson Fachin, relator da ADI, decidiu aplicar o procedimento sumário estabelecido no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, que rege as ADIs. Esse procedimento permite que o caso seja levado diretamente para julgamento pelo Plenário do STF, focando no mérito da questão sem necessidade de avaliar previamente um pedido de medida cautelar. Essa decisão foi motivada pela significativa relevância do tema e seu impacto na ordem social e na estabilidade jurídica.

O voto do ministro Edson Fachin na Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela analisa a constitucionalidade das cláusulas 1ª e 3ª do Convênio nº 100/1997 do Confaz, que preveem redução de 60% da base de cálculo do ICMS para saídas interestaduais de certos agrotóxicos, e itens relacionados à isenção de IPI para agrotóxicos conforme o Decreto nº 7.660/2011. O ministro aborda a alegação de que essas medidas ofendem a seletividade tributária, além de comprometerem a proteção do meio ambiente e da saúde humana.

Em sua análise, o ministro Fachin destaca a importância do controle de constitucionalidade sobre atos que concedem incentivos fiscais ao ICMS, sublinhando o papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo. Ele menciona

a harmonização das políticas fiscais entre os diferentes entes federativos, autorizada pelos Convênios do Confaz, como uma medida para promover o desenvolvimento regional, mas ressalta a necessidade de tais incentivos estarem em conformidade com os princípios constitucionais.

O voto presta atenção especial ao cabimento do controle de constitucionalidade das cláusulas contestadas, argumentando sobre a admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade com base no impacto nacional do ICMS e na relevância dos incentivos fiscais para o regime jurídico desse imposto. O ministro faz referência a precedentes do STF que reforçam a legitimidade do controle de constitucionalidade em casos semelhantes, citando a jurisprudência da Corte.

Seu voto é no sentido de julgar integralmente procedentes os pedidos, declarando a inconstitucionalidade das cláusulas primeira, incisos I e II, e terceira do Convênio nº 100/1997, aplicando-se efeitos a partir de agora (*ex nunc*) e em relação à alíquota zero para os agrotóxicos listados na Tabela do IPI, anexa ao Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, aplicando-se efeitos *ex nunc*. (STF, 2020)

De outro lado, o voto do ministro Gilmar Mendes diverge integralmente do relator Edson Fachin. O ministro Gilmar argumenta que a concessão de benefícios tributários aos agrotóxicos não constitui, por si só, uma violação dos princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente e à saúde, contrapondo-se à alegação de que tais incentivos contrariam fundamentos do Direito Tributário, como a seletividade em função da essencialidade e a capacidade contributiva.

Segundo Mendes, os argumentos do autor da ação sugerem que os maiores beneficiados são as grandes indústrias, capazes de suportar a carga tributária regular, e que tais benefícios vão de encontro a princípios elementares do Direito Tributário, do que ele discorda porquanto as referidas desonerações se prestam ao desenvolvimento econômico e, por decorrência, à promoção de valores fundamentais.

Apesar de a Procuradoria-Geral da República opinar pela inconstitucionalidade dos dispositivos, e do voto do relator pela procedência da ação, Mendes manifesta-se pela improcedência do pedido. Ele destaca a ausência de afronta à seletividade tributária, enfatizando uma interpretação que não

vê os incentivos tributários como intrinsecamente contrários aos princípios de proteção ambiental e de saúde pública.

A análise do ministro Gilmar Mendes privilegia uma perspectiva econômica liberal, que sobrevaloriza o contexto econômico e regulatório dos incentivos, ponderando sobre a complexidade das políticas tributárias e suas implicações para diferentes setores, sem que necessariamente representem uma violação dos princípios constitucionais mencionados. (STF, 2023c)

O voto do ministro André Mendonça aborda a relevância do princípio da seletividade e dos direitos fundamentais à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, questionando se tais desonerações violam esses princípios constitucionais.

A demanda posta é analisada sob a ótica da persistência da utilidade da prestação da jurisdição constitucional, mesmo diante de revogações sucessivas de decretos presidenciais que tratam do IPI sobre agrotóxicos. Ele reconhece a complexidade da controvérsia, que envolve o modelo de desenvolvimento rural brasileiro e o uso de agrotóxicos na produção agrícola, destacando as mobilizações políticas e sociais em torno do tema.

Ainda, o ministro Mendonça aponta para a dificuldade em diferenciar disposições fiscais de extrafiscais com base nos efeitos comportamentais gerados, a complexidade em estabelecer um nexo causal entre a medida tributária o efeito extrafiscal, e o desafio em considerar a eficácia social de uma norma tributária extrafiscal como critério para sua validação no contexto do controle abstrato de constitucionalidade.

Divergindo das opiniões do relator e do primeiro revisor, o ministro André Mendonça reconheceu a procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem nulidade, das normas em questão, certificando “a existência de um processo de inconstitucionalização das desonerações fiscais federais e estaduais aos agrotóxicos, nos moldes postos nos objetos atacados”. Em seguida, estabeleceu um prazo de 90 dias para que o Poder Executivo Federal, em relação ao IPI, e os Poderes Executivos Estaduais, no que tange ao ICMS, realizem uma avaliação adequada e atualizada dessa política tributária. Tal avaliação deveria elucidar os prazos, objetivos, custos e resultados dessa política, a serem apresentados ao Supremo Tribunal Federal.

Adicionalmente, o ministro determinou que, durante a revisão mencionada, os agentes públicos envolvidos analisassem e relatassem fundamentadamente sobre: (i) a viabilidade de manter, extinguir ou modificar o atual modelo de isenção, vigente há mais de cinquenta anos e com um custo anual estimado em bilhões de reais; (ii) os efeitos do avanço tecnológico ao longo das décadas para determinar se a medida tributária ainda passa pelos critérios de necessidade e proporcionalidade, considerando as limitações aos direitos fundamentais à saúde e a um ambiente ecologicamente equilibrado; e (iii) a necessidade de ajustar a carga tributária sobre cada agrotóxico autorizado no Brasil, levando em conta fatores ambientais e o nível de toxicidade, caso a política fiscal seja mantida ou reformulada. (STF, 2023b)

Os principais argumentos trazidos pelo voto da ministra Cármen Lúcia, que acompanha o voto do relator, focam na inconstitucionalidade dos incentivos tributários para agrotóxicos, sob a ótica do princípio constitucional do poluidor-pagador. A ministra argumenta que tais incentivos são contrários aos ditames constitucionais de proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF/88) e à saúde (art. 196 da CF/88), especialmente dos trabalhadores, enfatizando a necessidade de compatibilidade das práticas agrícolas com a preservação ambiental e a saúde pública.

Ela menciona o compromisso internacional do Brasil de revisar sua legislação relacionada ao uso de substâncias perigosas, como o amianto crisotila, e a substituição por alternativas tecnicamente viáveis. Destaca a existência atual de materiais alternativos ao amianto e a necessidade de atualização da legislação federal (Lei nº 9.055/1995) para banir progressivamente o uso de substâncias nocivas, em conformidade com os compromissos internacionais e recomendações do Ministério da Saúde e da Anvisa. (STF, 2023a)

Na sequência, os ministros Cristiano Zanin e Dias Toffoli acompanharam integralmente o voto do ministro Gilmar Mendes, tendo sido o julgamento interrompido pela terceira vez por um pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes.

O placar de votos está praticamente empatado em três a três, se for considerado que o voto do ministro André Mendonça reconhece a inconstitucionalidade das normas questionadas, ao menos em um contínuo temporal.

3 Alterações da Reforma Tributária

O Congresso Nacional promulgou em 20.12.2023 a Emenda Constitucional nº 132, que cuida da chamada Reforma Tributária. É a primeira reforma ampla sobre o Sistema Tributário Nacional realizada sob a vigência da Constituição Federal de 1988. Seu principal efeito é a unificação de cinco tributos — ICMS, ISS, IPI, PIS e Cofins — em “um tributo” com característica dual (“IVA dual”), repartido, primeiramente, na Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e, em segundo lugar, no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), que será dividido, respectivamente, entre as esferas federal e estadual, conforme arts. 156-A e 195, V da Constituição, além do Imposto Seletivo (IS), com caráter extrafiscal, previsto no art. 153, VIII do texto constitucional.

No que tange ao tema objeto deste artigo, destaca-se que, no art. 9º da citada emenda, prevêem-se “regimes diferenciados de tributação” para uma série de bens e serviços considerados essenciais. E, entre eles, estão os “insumos agropecuários”, categoria em que se incluem os agrotóxicos, que terão redução de 60% nas alíquotas de tributos, conforme dispõe o § 1º do citado artigo 9º:

a lei complementar definirá as operações beneficiadas com redução de 60% das alíquotas dos tributos de que trata o *caput* [Imposto sobre Bens e Serviços e a Contribuição sobre Bens e Serviços] e entre as relativas aos seguintes bens e serviços: (...) XI – insumos agropecuários e aquícolas. (Emenda Constitucional nº 132, de 20.12.2023)

Se isso não bastasse, o § 9º do art. 9º em questão estipula que o Imposto Seletivo (IS) não será aplicado a produtos ou serviços com alíquotas reduzidas, o que inclui os insumos agropecuários. Isso significa excluir da hipótese de incidência desse imposto os agrotóxicos.

Conclusão

Um aspecto central da questão aqui exposta é a discrepância entre a necessidade de proteger a saúde e o meio ambiente e a política, implementada há mais de cinco décadas, de concessão de benefícios tributários para agrotóxicos, que pode ser vista como contrária aos objetivos de preservação da saúde pública e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Uma abordagem mais alinhada com os princípios constitucionais deveria considerar o fomento à produção de alimentos orgânicos e agroecológicos, mais seguros e menos prejudiciais tanto para a saúde humana quanto para a preservação ambiental, inclusive a longo prazo, já que não implicam em externalidades comparáveis ao modelo de agricultura hoje predominante.

Há de se ter em vista que a regra em uma sociedade democrática é o pagamento de tributos por todos os cidadãos, sejam eles ou não interpolados por uma pessoa jurídica. Isso decorre, dentre outros, do dever fundamental de pagar tributos, que é um fundamento moral e jurídico que alicerça a arrecadação fiscal, sempre respeitando os limites do poder de tributar e o catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição.

A concessão de benefícios fiscais deve ser tratada sempre como exceção e assim interpretada. Não pode se voltar contra os princípios mais basilares da ordem constitucional, que é o direito a uma vida saudável e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como já mencionado.

A tributação extrafiscal, notadamente a seletividade pautada pela essencialidade (importância decisiva), serve, ademais, para concretizar valores constitucionais, como preservação da saúde humana e do meio ambiente, sendo que esta última, a seu modo, contribui com a primeira. (Ávila, 2012, p. 457)

Tudo o que divergir da concretização de valores constitucionais é incompatível com a ordem constitucional vigente. Entre as incompatibilidades se insere a busca de lucro pela exportação de *commodities* agrícolas que não contribuem para a segurança alimentar interna dos cidadãos brasileiros, notadamente no caso da soja, usada sobretudo como insumo pela indústria de suinocultura nacional estrangeira.

Há quem analise, como o ministro do STF André Mendonça, a utilização da toxicidade como um possível critério para graduar a tributação sobre agrotóxicos, sob a perspectiva dos princípios da legalidade e da capacidade contributiva. A criação de uma norma tributária específica para agrotóxicos, considerando sua toxicidade, seria uma condição necessária para instituir uma tributação ambientalmente orientada, sem que o legislador se exima de respeitar o princípio da legalidade tributária, o que implica a necessidade de uma lei que defina claramente os critérios para tal tributação. (Torres Jackson, 2022, 90ss) Nesse sentido, é de se destacar que a recente reforma

tributária elenca expressamente a defesa do meio ambiente como princípio norteador do Sistema Tributário Nacional, conforme a nova redação do art. 145, § 3º da CF/88.

A perspectiva que limita o papel do Estado exclusivamente à busca por crescimento econômico contradiz os princípios estabelecidos na Constituição de 1988, conhecida desde sua promulgação como “Constituição Cidadã”. É obrigação de todos, incluindo os participantes do mercado, assegurar o uso cuidadoso dos recursos naturais, considerando tanto a responsabilidade ética para com as futuras gerações quanto uma abordagem que valorize o bem-estar humano e o uso prático do ambiente. Em resumo, a busca de lucros, conforme refletido nos demonstrativos de resultados trimestrais (*quarterly capitalism*), não pode comprometer o bem-estar das futuras gerações e das outras espécies do planeta. (Pazinato, 2020, p. 270– 271)

É essencial, portanto, que as políticas tributárias, especialmente aquelas com finalidades além da pura arrecadação (extrafiscais), sejam fundamentadas em valores estabelecidos pela Constituição. Esses valores não apenas legitimam o uso de uma gama de ferramentas tributárias extrafiscais para o fim de sua concretização, mas também formam a essência da extrafiscalidade. Sem ter como foco esses valores, as medidas tributárias extrafiscais devem ser consideradas inconstitucionais. (Gouvêa, 2006, p. 134)

Referências

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORATTO, Bruno Pinto; TURATTI, Luciana. **Extrafiscalidade às avessas: análise da constitucionalidade das normas de concessão de benefícios fiscais a agrotóxicos à luz da proteção à saúde humana e ao meio ambiente**. Iguatu, CE: Quipá Editora, 2022. 124 p. ISBN 978-65-5376-066-0.

CUNHA, Lucas Neves. **Agricultura na contramão: agronegócio, incentivos fiscais e a política de regulação dos agrotóxicos**. Rio de Janeiro, 2019. 91 p.

FREITAS, Leonardo Buissa. **Tributação sobre o consumo, indução econômica e seletividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 9788551912775.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 8573087977.

NAPP, Leonardo Coppola. **Impactos dos Agrotóxicos no Brasil: estado de Coisas Inconstitucional?** Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. ISBN 9786581110802.

PAZINATO, Liane Hüning. **Extrafiscalidade Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 312 p. ISBN 9786555103106.

PERES, João. Renúncia fiscal: soja recebe quase R\$ 60 bi ao ano, o dobro da cesta básica: Em meio à discussão sobre reforma tributária, estudo mostra como o grão concentra benesses e propõe que sojicultores encontrem a 'porta de saída' do governo. **Carta Capital**. São Paulo, out. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/o-joio-e-o-trigo/renuncia-fiscal-soja-recebe-quase-r-60-bi-ao-ano-o-dobro-da-cesta-basica/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SALATI, Paula. **Aprovação de agrotóxicos no Brasil bate recorde anual desde 2016**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2023/02/06/aprovacao-de-agrotoxicos-no-brasil-bate-re-corde-anual-desde-2016.ghtml>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SALATI, Paula. **Liberação de agrotóxicos cai no Brasil em 2023, após sete anos seguidos de alta**: atual governo Lula aprovou 555 pesticidas no primeiro ano, queda de 15% em relação a 2022. Apesar disso, número de aprovações é o 3º maior da série histórica iniciada há 24 anos. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2024/01/10/liberacao-de-agrotoxicos-cai-no-brasil-em-2023-apos-sete-anos-seguidos-de-alta.ghtml>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: Introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014. 456 p. (Série IDP). ISBN 9788502225084.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto da Ministra Cármen Lucia na ADI nº 5553**, 15 dez. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5011612>. Acesso em: 19 fev. 2024. STF. Supremo Tribunal Federal. **Voto do ministro André Mendonça na ADI nº 5.553**,

15 dez. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5011612>. Acesso em: 19 fev. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Edson Fachin na ADI nº 5553**, 30 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5011612>. Acesso em: 19 fev. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 5.553**, 15 dez. 2023c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5011612>. Acesso em: 19 fev. 2024.

TORRES JACKSON. **A viabilidade da eleição da toxicidade como critério de graduação tributária dos agrotóxicos**: análise à luz dos princípios da legalidade e da capacidade contributiva. Florianópolis, 2022. 134 p.

ZAFALON, Mauro. **União Europeia aumenta venda de agrotóxicos para o Brasil**: brasileiros gastam mais com as indústrias da França, Bélgica e Alemanha. Folha de São Paulo, 10 jan. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vaivem/2024/01/uniao-europeia-aumenta-venda-de-agrotoxicos-para-o-brasil.shtml?utm%20source=share>. Acesso em: 19 fev. 2024.

O PROCESSO CIVIL DE RESULTADO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Fernando de Paula Gomes Ferreira¹

Resumo

A reflexão ora apresentada tem por pretensão provocar o leitor quanto a morosidade da entrega da prestação jurisdicional no Brasil, bem como expor os lentos avanços obtidos nas últimas décadas. A análise se inicia a partir do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), passando perfunctoriamente por suas reformas, até chegar no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015). Deste ponto em diante, a proposta deste artigo passa a demonstrar que a Constituição da República de 1988, assim como suas emendas constitucionais, tiveram papel crucial nesta evolução, ou entregando verdadeiras normas de conduta que racionalizaram a Justiça em solo nacional, ou irradiando preceitos normativos por meio de princípios jurídicos. De uma forma ou de outra, é de se destacar o relevante papel da Constituição Federal também em matéria de prestação jurisdicional, demonstrando que o constituinte derivado, em medida assertiva, cumpriu com a sua função. Desta feita, o trabalho aborda a busca por uma entrega da prestação jurisdicional mais célere e segura, com um olhar sistêmico do ordenamento jurídico, do Código de Processo Civil até a Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: prestação jurisdicional, efetividade, processo civil e Constituição.

Abstract

The reflection presented here is intended to provoke the reader regarding the slow delivery of judicial provision in Brazil, as well as to expose the slow advances made in recent decades. The analysis begins with the Civil Procedure Code of 1973 (Law nº 5.869/1973), passing perfunctorily through its reforms, until arriving at the Civil Procedure Code of 2015 (Law nº 13.105/2015). From this point on, the proposal of this article begins to demonstrate that the Constitution of the Republic of 1988, as well as its constitutional amendments, played a crucial role in this evolution, either

1 Fernando de Paula Gomes Ferreira, autor, professor, conferencista, advogado sócio do escritório Fernando de Paula & Telmo de Alencastro Advocacia, sediado em Goiânia/GO; presidente do IGDC – Instituto Goiano de Direito Constitucional; Conselheiro Federal da OAB, gestões 2016/2018 e 2019/2021; Ex-Gerente da Unidade de Assessoria Jurídica do SEBRAE/GO; Especialista em Direito Público, Direito Civil e Processual Civil; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO.

delivering true standards of conduct that rationalized Justice on national soil, or radiating normative precepts through legal principles. In one way or another, it is worth highlight the relevant role of the Federal Constitution also in terms of jurisdictional provision, demonstrating that the derived constituent, in an assertive measure, fulfilled its function. This time, the work addresses the search for a faster and safer delivery of judicial provision, with a systemic look at the legal system, from the Code of Civil Procedure to the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: judicial provision, effectiveness, civil process and Constitution.

Introdução

O presente artigo, com foco acadêmico, tem por objetivo estabelecer alguns pontos de relação entre o processo civil de resultado e a Constituição da República de 1988. Sem pretensão de esgotar o assunto ou de exaurir os temas estudados, serve o presente ensaio para trazer luz, novamente, ao tema celeridade e segurança jurídica.

Dada a relevância e atualidade do tema, amplamente debatido, optou-se por seguir uma linha fático- temporal que se inicia com a Exposição de Motivos do CPC de 1973, passando pelas inovações do CPC de 2015 e, por fim, demonstrando que nada foi por acaso e que toda a legislação estava sob o manto da Constituição da República de 1988.

As normas-regras e princípios jurídicos relacionados estarão destacados, assim como parcela da doutrina, no intuito de inserir o leitor na problemática estabelecida, demonstrando os contornos que a matéria representa, bem como a forma como a questão foi disciplinada no Código de Processo Civil de 2015, profundamente influenciado pela Constituição da República.

Pretende-se demonstrar que a Carta Magna de 1988, na sua forma derivada, forjou o núcleo rígida² dos princípios que norteiam o Código de Processo Civil ou, melhor ainda, da forma que está racionalizado o Poder Judiciário e como é entregue a atividade jurisdicional.

A intenção final, então, é demonstrar ao leitor que o processo civil atual representa uma receita cultural, cujos ingredientes foram a soma dos esforços

² Refere-se a um conjunto de princípios ou normas fundamentais que são essenciais e inegociáveis dentro de um sistema jurídico. Esses princípios formam a base ou o alicerce que não pode ser alterado ou flexibilizado, pois são considerados essenciais para a identidade e a integridade do sistema jurídico.

de renomados juristas, do direito comparado e, também, da cobrança da sociedade por uma justiça mais célere, tudo conduzido e elaborado a partir do caldeirão maior, que é a nossa Constituição Federal.

1 O Processo Civil de Resultado e o Código de Processo Civil de 1973

Quase duas décadas de dedicação ao magistério se passaram, e ainda recorro com entusiasmo as lições de Cândido Rangel Dinamarco, em sua renomada obra *“A Instrumentalidade do Processo”*.

Esta obra, repleta de temas sempre interessantes para aqueles que se dedicam ao estudo do processo civil, nos leva a compreender a evolução estatal que conduziu a sociedade da autotutela à civilidade da heterotutela. Giuseppe Chiovenda (1965, p. 39), em sua sabedoria, ensinou:

Não se julgue, no entanto, que a defesa jurídica exercida pelo próprio particular se equipara à atividade que se exerce no processo: o resultado econômico pode ser idêntico, mas as duas coisas são muito diversas. A autodefesa é uma atividade meramente privada, movida de impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderados pelo Estado. No processo civil, ao revés, a defesa contra a injustiça assume-a o Estado como função sua, determinada por finalidades objetivas e gerais.

Em outra obra, agora coletiva, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 29) explicam essa evolução: “Pela jurisdição, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional”.

Cândido Rangel Dinamarco, muito além das lições dedicadas à apresentação da jurisdição, enfatiza algo de grande relevância, relacionado a efetividade do processo, instrumental este que deveria servir ao direito material, pacificando a sociedade com o que denomina de *“níveis satisfatórios”*.

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de

confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios. (Dinamarco, 2009, p. 193)

Neste viés, todo o esforço estatal para pacificação social, por meio do Poder Judiciário, deveria pautar-se nos pilares da justiça e da celeridade. A justiça, enquanto resultado, necessariamente deve ser acompanhada pela celeridade.

Para os desavisados, poderia parecer que o conceito de *processo civil de resultado* nasceu ali, uma manifestação da soberania estatal capaz de equilibrar as disputas, determinando qual das partes tem razão e permitindo-a conviver com o bem da vida almejado, fazendo justiça dentro de um prazo razoável.

Embora, teoricamente, seja fácil compreender que a sociedade anseia por uma justiça célere, na prática, a construção desse caminho tem se mostrado árduo. Conforme explicitado a seguir, o tema justiça e celeridade tem ocupado nossa sociedade há décadas (talvez o último século!), mas ainda assim não se pode afirmar que o objetivo foi plenamente alcançado.

Passados mais de 50 anos do início da vigência do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.220, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), pode parecer enfadonho ou até saudosismo buscá-lo como argumento jurídico para estabelecer uma relação entre o Processo Civil de Resultado e a Constituição da República de 1988.

As construções humanas vão se aperfeiçoando com o tempo e é natural que se busque algum ponto de partida para se ter uma análise histórica dos acontecimentos, brindando a parte interessada com as marcações que serviram ao ensaio, possibilitando, inclusive, que se beba da mesma fonte para corroborar ou discordar da conclusão.

O fato é que, desde muito tempo, já se buscava a efetiva entrega da prestação jurisdicional, ainda que o tema não houvesse sido concebido, da forma como hoje se entende, como uma escola do processo civil de resultado.

Dentre as diversas pautas que marcaram a transição entre o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973, as questões relacionadas à rapidez da justiça não foram ignoradas, tanto que a Exposição de Motivos, assinada por Alfredo Buzaid³, declarava:

³ Alfredo Buzaid foi jurista e Ministro da Justiça. Em 1960 foi nomeado pelo Senado Federal para elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça (Buzaid, 1964, p. 13).

No entanto, como aponta Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2006, p. 3), o texto original do Código de Processo Civil de 1973 era considerado *“moroso, paternalista, custoso, e principalmente preocupado com as tutelas patrimoniais em detrimento das tutelas protetivas dos direitos de personalidade”*.

Assim sendo, com destaque para a divergência doutrinária, ao menos duas grandes reformas foram implementadas no CPC de 1973, podendo ser observadas da seguinte forma:

- **Primeira Reforma** (datada de 1994 e 1995) – teve como principais entregas a admissibilidade da citação por correio, como regra; a criação das tutelas antecipada e da ação monitória; dentre outras;

- **Segunda Reforma** (datada de 2001 e 2002) – tendo como principais entregas alterações no processo de conhecimento e no sistema recursal; modificou substancialmente o processo de execução, implantando o sincretismo processual, dentre outras.

Não parou por aí e inúmeras outras leis alteraram o CPC de 1973. Novamente é necessário referenciar Alfredo Buzaid, que alertou na Exposição de Motivos do Código, pretendendo justificar uma nova Lei ao invés de continuar com a reforma do então digesto processual, afirmando: “o grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções” (Buzaid, 1964, p. 8).

Em alguma medida o texto acima se mostrou um prenúncio do que se transformaria o CPC de 1973, a ponto de quase esgotar as letras do nosso alfabeto, a exemplo das inclusões ofertadas pela Lei nº 11.232/2005, que criou os artigos 475-A até o 475-R, para disciplinar a fase de liquidação de sentença.

De toda sorte, evidente que houve consideráveis avanços ocasionados pelas reformas introduzidas no CPC de 1973, deixando para trás o modelo

liebmaniano, comumente evidenciado pela separação pura dos processos de conhecimento, execução e cautelar; para dar lugar ao novo e avançado sincretismo processual.

Por outro lado, ainda que os novos textos de lei representassem avanços, continuava utópico a existência de um Código Processual Civil que entregasse a justiça com a celeridade que sociedade almejava. Enfim, o objetivo não havia sido alcançado e os processos se amontoavam nas prateleiras, físicas e, agora, virtuais, do Poder Judiciário.

2 O Código de Processo Civil de 2015

Dado o necessário destaque ao Código de Processo Civil de 1973, bem como concluindo que o esforço inicial e reformatório, apesar de louvável, não alcançou o seu desiderato inicial. Agora, é hora de direcionar nossa atenção ao Código de Processo Civil de 2015, promulgado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

É possível afirmar que o CPC de 2015 enfrentou o dilema existente entre a busca da celeridade e a permanência da segurança jurídica. Se a celeridade era um objetivo, pelo menos, desde a elaboração do CPC de 1973, como visto, a segurança jurídica não poderia ser negligenciada.

Travou-se no meio jurídico uma intensa discussão sobre celeridade *versus* segurança jurídica, como se a última premissa, para existir, afastasse a primeira. Sempre pertinente, seguem as palavras do professor José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 232):

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Da mesma forma, enquanto o jurisdicionado clama por uma justiça célere, não há evidência de que esteja disposto a relativizar a segurança jurídica. Claro que a discussão de ocasião foi extremamente profícua, permitindo um amplo debate sobre o tema e concluindo, a nosso sentir, que prevaleceu o bom senso e a construção cultural de um processo longo, ainda que imperfeito, mas garantidor da estabilidade social.

Na Exposição de Motivos do CPC de 2015, a então Comissão deixou claro que se buscava, novamente, a celeridade processual, haja vista que a ausência de celeridade leva à injustiça.

Conforme mencionado nas seguintes palavras: “Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil.” (Anteprojeto..., 2010, p. 24).

E foi nesta esteira de pensamento que o CPC de 2015 trouxe, já no seu art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Ou, ainda, a redação do art. 6º, que estabelece: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (Brasil, 2015, p. 1).

Não para por aí, pois o artigo 139 (Brasil, 2015, p. 22), ao estabelecer os poderes do juiz, descreve no inciso II, que “o juiz conduzirá o processo incumbindo-lhe de velar pela sua duração razoável”.

Ou seja, ao menos no que depender da Lei, o processo civil de resultado está sendo atendido, pois o digesto processual prevê a entrega efetiva prestação jurisdicional, o que somente se conclui com a atividade satisfativa, no qual o bem da vida perseguido é entregue a parte a que tem direito.

Na sessão solene de posse na presidência do Superior Tribunal de Justiça, em 25 de agosto de 2022, a ministra Maria Thereza de Assis Moura, certamente já influenciada pelas pressões enfrentadas pelo Poder Judiciário, afirmou com clareza: “deve-se estar aberto à sociedade, em gestos transparentes, e aplicar a jurisprudência de maneira consistente, para que a prestação jurisdicional seja segura, íntegra, previsível e o julgamento dos processos ocorra em prazo razoável” (Brasil, 2022, p. 23).

Porquanto a Lei parece ter reconhecido o seu propósito, que é o de propiciar a entrega de uma justiça célere e idônea, ainda há desafios a serem enfrentados, análises serão necessárias para entender os outros gargalhos, que passam pela cultura belicosa instalada na sociedade, na carência de pessoal qualificado, de servidores em número necessário, de estrutura física, de gestão eficiente dos recursos e entre outros.

3 Conclusão com a Constituição da República de 1988

Por tudo exposto, a Constituição da República de 1988 é, sem dúvida, a base maior capaz de explicar todo o movimento que levou às reformas processuais do CPC de 1973 e, até, ao novo digesto processual de 2015. De longe a nossa Constituição é classificada como analítica (Novelino, 2009, p. 112), uma vez que se debruça sobre assuntos/matérias apenas formalmente constitucionais, algumas delas, a saber, de cunho processual.

É necessário frisar que a Constituição da República (1988) já no seu artigo primeiro defende o que denominamos de princípios fundamentais, elencando o que considera constituir-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento no inciso II a cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana, no inciso III.

É evidente que tanto o pleno exercício da cidadania quanto a preservação da dignidade da pessoa humana, passa, de maneira inexorável, pela tutela dos direitos subjetivos. Em outras palavras, para que se garanta dignidade e cidadania, é imprescindível que haja também uma justiça idônea e consequentemente célere, capaz de compor os conflitos que lhes são provocados em tempo hábil.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, introduziu o Princípio da Eficiência no *caput* do artigo 37, no capítulo destinado à Administração Pública. É como se o Constituinte Derivado dissesse a toda a administração pública que, além de agir com legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, também teria que o fazer com eficiência.

Ao se pensar em Poder Judiciário, enquanto atividade jurisdicional, ou melhor, em entrega da prestação jurisdicional, difícil defender que a celeridade não esteja abarcada dentro do conceito de eficiência.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 19/1998, tal qual acima mencionada, sobreveio 10 anos após o início de vigência da própria Constituição, que

é de 1988. Todavia, por tudo acima já exposto, restou claro que a eficiência do Poder Judiciário, sobretudo relacionada a efetiva entrega da prestação jurisdicional, não se concretizou plenamente.

Nesse contexto, destaca-se a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, também conhecida como a emenda de reforma do Poder Judiciário. Essa emenda introduziu o inciso LXXVIII ao emblemático artigo 5º, que disciplina o Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

O inciso LXXVIII consagra o Princípio da Celeridade, agora, claro, com uma roupagem constitucional, passando a se denominar de Princípio Fundamental à Razoável Duração do Processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Supremo Tribunal Federal⁴ possui jurisprudência consolidada no sentido de aceitar as chamadas normas-princípios como sendo espécies de normas, colocando-se ao lado das chamadas normas-regras. O neoconstitucionalismo advindo pós-Segunda Grande Guerra nos traz o conceito atualmente utilizado por Ronald Dworkin⁵ e Robert Alexy⁶.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. (Robert Alexy *apud* Nery Junior, 2010, p. 25)

4 EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - **Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.** IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (STF, RE 579951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento de 20/08/2008. Órgão Julgador: Pleno). **(Grifo nosso)**

5 Ronald Dworkin é um filósofo do direito, norte-americano nascido em 11 de dezembro de 1931 na cidade de Worcester, Massachusetts, autor de renomadas obras da literatura forense.

6 Robert Alexy é um filósofo do direito, alemão nascido em 09 de setembro de 1945 na cidade de Oldenburg, Alemanha, autor de renomadas obras da literatura forense.

Desta forma, os princípios possuem força de norma e irradiam seus preceitos normativos para as demais normas infraconstitucionais, a exemplo do Código de Processo Civil. Não resta dúvida, então, que todo movimento de reforma processual acima destacado teve forte influência da Constituição da República de 1988, principalmente a partir da vigência das Emendas Constitucionais nº 19/1998 e nº 45/2004.

Conclui-se, então, que a Constituição Federal desempenhou um papel relevante também na matéria de prestação jurisdicional, demonstrando que o constituinte derivado, em uma medida assertiva, cumpriu com sua função.

Referências

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil: Leis nº 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7982>. Acesso em: 2 maio 2024.

ANTEPROJETO do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Brasília, DF, Senado Federal: Subsecretária de Edições Técnicas, 2010. 268 p.

BUZAID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964. 144 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de junho de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.**

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dezembro 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. (Revogado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ata da Sessão Solene. **Boletim de Serviço do STJ**, 28 set. 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2022]. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/168929/Ata_2022_08_25_PLE.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 389 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. 400 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 416 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. São Paulo: Forense, 2009. 783 p.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE CONSUMO: CASO DA CERVEJARIA BACKER

Júlio César Piedade da Silva¹

Resumo

O presente artigo visa analisar a responsabilidade civil do fornecedor nos casos de acidente de consumo, disposto nos artigos 12 a 17, do Código de Defesa do Consumidor, além dos crimes na relação de consumo. Inicialmente, a pesquisa buscou analisar a denúncia do caso da cervejaria Backer que levou a indiciamento dos três sócios-proprietários pelos delitos previstos no artigo 272, § 1º-A, qualificada pelo artigo 258, ambos do Código Penal, em concurso de agentes na forma de crime continuado, além do artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor e de outros funcionários da empresa. Após, o estudo abrangeu uma pesquisa acerca da responsabilidade civil na relação de consumo, na oportunidade na qual se estabeleceu que a responsabilidade civil nos casos de acidente de consumo é objetiva, ou seja, independe do elemento culpa. Por fim, foi dedicado a discorrer sobre a responsabilidade pelo fato do produto, analisando os artigos 12 e os crimes contra a relação de consumo inserido no artigo 64 do CDC, qual a empresa do caso em análise foi denunciada. A metodologia de trabalho aplicada neste estudo foi a pesquisa bibliográfica, por meio da qual houve a compilação do pensamento de vários autores que escreveram sobre responsabilidade civil em caso de acidentes de consumo, bem como decisões judiciais e jurisprudências emblemáticas sobre o tema. O objetivo foi o de organizar a opinião dos autores sobre o assunto de forma lógica e sistemática e apresentar um panorama geral da proteção conferida ao consumidor em casos de acidentes de consumo, aliado às conclusões obtidas nessa pesquisa.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Responsabilidade Civil. Crimes na relação de consumo. Acidente de Consumo. Cervejaria Backer.

Abstract

The present article aims to analyze the civil liability of suppliers in cases of product-related accidents, as stipulated in articles 12 to 17 of the Consumer Protection Code, in addition to crimes in consumer relations. Initially, the research sought to

¹ Graduado em Direito e Engenharia de Controle e Automação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atualmente, atua como advogado em diversas áreas jurídicas. Email: jcpiedadeadvogado@gmail.com. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0088357378737402>.

analyze the complaint in the case of the Backer brewery, which led to the indictment of the three co-owners for the offenses provided for in article 272, § 1-A, qualified by article 258, both of the Penal Code, in concurrence of agents in the form of continued crime, as well as article 64 of the Consumer Protection Code and other employees of the company. Subsequently, the study encompassed research on civil liability in consumer relations, establishing that civil liability in cases of product-related accidents is objective, meaning it does not depend on the element of fault. Finally, it discussed liability for product defects, analyzing articles 12 and the crimes against consumer relations included in article 64 of the CDC, under which the company in the case under analysis was indicted. The methodology applied in this study was bibliographical research, through which the thoughts of various authors who wrote about civil liability in cases of product-related accidents were compiled, as well as landmark judicial decisions and jurisprudence on the subject. The objective was to organize the opinions of the authors on the subject in a logical and systematic way and to present an overview of the protection afforded to consumers in cases of product-related accidents, combined with the conclusions obtained from this research.

Keywords: Consumer Law. Civil Liability. Crimes in Consumer Relations. Product-Related Accidents. Backer Brewery.

Introdução

O presente artigo científico trata-se de um estudo de caso, onde se mostra presente normas relacionadas à relação jurídica consumerista.

A problemática abordada encontra-se no processo contra sócios e funcionários da Cervejaria Backer, no Caso da Cerveja Belorizontina, o qual resultou em mortes e danos contra a integridade física dos consumidores, pela intoxicação por substâncias denominadas monoetilenoglicol e dietilenoglicol encontradas na linha de produção da Cervejaria.

O Ministério Público denunciou os três sócios-proprietários da empresa pelos delitos previsto no artigo 272, § 1º-A, qualificada pelo artigo 258, ambos do Código Penal, em concurso de agentes na forma de crime continuado, além do artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Também foram denunciados os engenheiros e técnicos responsáveis na fabricação da cerveja por homicídio culposo e lesão corporal culposa, além do artigo 272, § 1º-A, do Código Penal.

Objetiva-se, portanto, verificar as normas de defesa e proteção do consumidor, já que visa à proteção e à segurança do indivíduo perante crimes na

relação de consumo, e além da análise da responsabilidade civil por acidente de consumo da empresa e dos envolvidos no caso em tela.

Restando-se para tanto, explicar que os mecanismos oriundos da esfera do Direito do Consumidor, oferecem um arcabouço legal que dá sustentação a essas penalidades e proteções, que apesar da dificuldade, no entanto, não pode ser entendida como impossibilidade nem como inadequação ao recurso penal como reforço na tutela social nesta seara.

Por fim, este artigo teve como objetivo o estudo da possibilidade de responsabilização civil pela produção e comercialização de produtos disponibilizados no mercado de consumo que sejam capazes de gerar um potencial de risco ao consumidor.

1 O Caso da Contaminação da Cervejaria Backer

Desde 19 de dezembro de 2019, uma doença misteriosa estava assolando Minas Gerais. Uma pessoa tinha falecido e sete foram internadas com sintomas de vômito, dor abdominal, insuficiência renal aguda, paralisia facial e visão turva. Durante as investigações realizadas, foi descoberto que todos moravam ou estiveram no bairro de Buritis, na região Oeste de Belo Horizonte.

Inicialmente foi tratada como “doença misteriosa do Buritis”, que vieram a público por meio de grupos de WhatsApp ainda no início de janeiro de 2020, pouco depois das festas de Natal e réveillon, quando é grande o consumo de cervejas. Investigações sanitária e policial foram abertas. Em janeiro de 2020, as autoridades policiais informaram ter identificado as substâncias tóxicas monoetilenoglicol e dietilenoglicol na linha de produção da cervejaria Backer, em Nova Lima, na Região Metropolitana de Belo Horizonte. (Ricci, 2020)

Relatórios periciais apresentaram que o uso de monoetilenoglicol era excessivo para o tamanho da fábrica. Desta forma, concluiu o inquérito que a contaminação ocorreu entre a fase inicial de fabricação e no estágio intermediário, onde o líquido fica nos tanques de fermentação, afetando 36 lotes entre todas as cervejas produzidas pela indústria. Assim, foi possível estabelecer nexos causal entre os lotes produzidos e posteriormente ingeridos pelas vítimas, culminando em óbito ou lesões corporais. O consumo foi ligado à síndrome nefroneural – conjunto de sintomas nefro e neurológicos – manifestada por pessoas que consumiram a cerveja.

Diante do “risco iminente à saúde pública”, o Mapa interditou a cervejaria, determinou o recolhimento de todas as garrafas de Belorizontina² que estavam no mercado e ainda apreendeu 16 mil litros da bebida que estavam na Cervejaria Backer.

Após quase três meses da conclusão do inquérito pela Polícia Civil², o Ministério Público de Minas Gerais denunciou à Justiça, no dia 4 de setembro de 2020, 11 pessoas, inclusive os sócios- proprietários da cervejaria Backer, “por crimes cometidos em função da contaminação de cervejas fabricadas e vendidas pela empresa ao consumidor”.

Em relação a autoria, foram denunciados os três sócios-proprietários da empresa Cervejaria Backer pelas “condutas de vender, expor a venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo bebida de teor alcoólico que sabiam que poderia estar adulterado”. Fundamentou o Ministério Público que esses detinham a autonomia de decidir e escolher quais produtos anticongelantes seriam comprados no processo de produção; e optaram pelo monoetilenoglicol com a intenção de eficiência e produtividade para auferir mais lucros, ampliando os riscos inerentes de sua fabricação para os consumidores. Assim, por assumir o risco de eventual problema, indo em sentido contrário ao recomendado pelo fabricante do tanque de resfriamento, os sócios-proprietários devem responder pelo delito previsto no artigo 272, § 1º-A, qualificada pelo artigo 258, ambos do Código Penal, em concurso de agentes na forma de crime continuado, e por “deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”, que está no artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor.

“Os autores sócio proprietários estão sendo denunciados pelo crime contra a saúde pública e este crime, quando ocorre e ocorre em virtude de uma morte ou lesão corporal, há aumento de pena. Toda a conduta praticada do artigo 272 que origine ou venha a causar morte gera este aumento. Pelo homicídio tem aumento da metade da pena e lesões corporais até um terço”, disse promotora Vanessa Fusco. (De Castro e Fiúza, 2020)

² Belorizontina, é um dos rótulos de cerveja fabricado pela cervejaria Bäcker contaminada por dietilenoglicol.

Também foram denunciados sete engenheiros e técnicos encarregados da fabricação da bebida, segundo o Ministério Público, agiram com dolo eventual, ao fabricarem o produto sabendo que poderia estar adulterado. Eles foram denunciados por homicídio culposo e lesão corporal culposa, além do artigo 272, § 1-A, do Código Penal.

Fundamentou o Ministério Público no sentido de que eles foram contratados pela empresa para cuidarem e controlarem tecnicamente das nuances do processo de produção e a eles incumbia o controle de qualidade e manutenção dos equipamentos de acordo com o conhecimento científico individual específico.

“Os engenheiros e técnicos responsáveis pela produção de cerveja assumiram o risco de fabricar produto adulterado, impróprio a consumo, que veio a causar a morte e lesões corporais graves e gravíssimas a inúmeras vítimas”, afirma a denúncia a promotora de Justiça Vanessa Fusco³.

Não obstante, o Ministério Público também os considerou como garantidores por assunção, em razão da expertise técnica, ao não agir com a cautela necessária no processo de fabricação. Lastreou a conduta a partir das provas que encontraram diversos vazamentos e pontos de contaminação, possibilitando a adulteração dos produtos produzidos por monoetilenoglicol contendo dietilenoglicol, havendo a relação de causalidade prevista no artigo 13, § 2º, do Código Penal pela relevância da omissão no caso concreto. (Neto, 2021, p. 67)

Dessa violação do dever de cuidado, foram imputados os crimes de homicídio culposo, nos moldes dos arts. 121, § 3º, com a qualificação do § 4º porquanto “o homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”; e lesão corporal culposa nos moldes do artigo 129, com a qualificadora do artigo 7º.

Por fim, descobriu-se que alguns denunciados exerciam a profissão sem registro no Conselho de Química e de Engenharia, estando incursos nas sanções do artigo 47 da Lei de Contravenções Penais que preconiza “Exercer

3 MPMG oferece denúncia contra 10 pessoas envolvidas na contaminação de cervejas da Backer e pela morte e lesão de consumidores. 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-oferece-denuncia-contra-10-pessoas-envolvidas-na-contaminacao-de-cervejas-da-backer-e-pela-morte-e-lesao-de-consumidores.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício”.

Também foi denunciada uma testemunha por apresentar declarações falsas no decorrer do inquérito policial. (De Castro e Fiúza, 2020)

Por fim, vale ressaltar que a substância monoetilenoglicol é liberada para ser utilizada em processos de produção alimentícia. E segundo a defesa da Cervejaria, utilizaram essa substância para que a água dos tanques de refrigeração não congelasse. Em contrapartida, existem outras substâncias mais seguras que podem ser aproveitadas sem causar toxicidade em caso de contato com o produto, porém menos eficientes para o processo produtivo. Neste ponto, vale dizer que o próprio fabricante dos tanques sugere uma solução hidroalcolica utilizando até 30% de álcool neutro de cereais ou cana-de-açúcar. Sendo assim, o Ministério Público ofereceu denúncia, afirmando que houve dano ao bem jurídico supraindividual da saúde pública, por crime de perigo comum e individuais pelas vítimas fatais e lesionadas de forma gravíssima e grave em razão da presença de dietilenoglicol nos exames toxicológicos e de cadáver, o que conflui com os relatórios que apontavam essa mesma presença nos lotes da Cerveja. (Neto, 2021, p. 66)

2 A Responsabilidade Civil no Contexto de Consumo: Proteção e Regulação no Direito do Consumidor

A responsabilidade civil é matéria de grande importância, pois seu valor na sociedade tornou-se relevante com a evolução das relações de consumo e o desenvolvimento na indústria e tecnologia. O consumo tornou-se indispensável nas relações do cotidiano, onde qualquer família de alta, média ou baixa renda em qualquer momento da vida realiza uma transação de produtos ou serviços com outra parte do negócio, criando a partir daí uma sociedade de consumo.

Nesse sentido, define Bruno Miragem *que* “a sociedade de consumo de massas dá causa à possibilidade de danos de massa, em decorrência dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo” (Miragem, 2016, p. 568).

Porém, com o aumento da quantidade de produtos colocados no mercado e da sociedade de consumo, as ocorrências dos acidentes de consumo tornaram-se maiores, causando danos significativos à sociedade e afetando grupos de indivíduos.

A base para proteger os consumidores dos riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado consumidor é o reconhecimento de que esses produtos e serviços são seguros, ou seja, não apresentam qualquer perigo ou dano para quem entre em contato com eles.

Assim, o direito, como organizador do comportamento social e mediador do conflito social, deve ser dotado de meios adequados para lidar com estas situações.

Deste modo, o Direito do Consumidor possui sua distinção como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 5º, XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Bem como em seu artigo 170, inciso V, a Constituição inclui a defesa do consumidor entre os princípios gerais da Ordem Econômica, no mesmo status dos princípios da soberania nacional, da livre concorrência entre outros.

A principal função do Código de Defesa do Consumidor é restabelecer o equilíbrio de uma relação entre desiguais (consumidor x fornecedor), contudo, se a relação em questão for entre iguais, não havendo hipossuficiência nem vulnerabilidade, não há o que se falar em aplicação do CDC.

Assim, quando há no mercado produtos ou serviços que não proporcionam certa segurança esperada pelo consumidor, o legislador na edição do CDC em 1990 institui a responsabilidade civil, como norma regulamentadora para reparar possíveis danos ao consumidor, reconhecendo a importância da confiança dos consumidores nos produtos e serviços colocados em circulação no mercado de consumo.

Nesse sentido, ensina Bruno Miragem que:

A proteção do consumidor contra riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo tem seu fundamento no reconhecimento da existência de interesses legítimos de que estes produtos e serviços sejam seguros, ou seja, de que não apresentem nem uma periculosidade ou uma nocividade tal a causar danos para quem venha a ser exposto aos mesmos. (Miragem, 2016, p. 568)

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil se apresenta em duas vertentes: a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva encontra fundamento histórico no artigo 159 do Código Civil de 1916 que foi parcialmente reproduzido com

as disposições do artigo 186 e do artigo 927, do Código Civil. Nestes casos, comprovado o dano, culpa ou dolo do agente que causou o dano, surgirá a obrigação de indenização.

A opção do CDC e da legislação de proteção do consumidor em todo o mundo, é o da responsabilização de natureza objetiva, dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. (Miragem, 2016, p. 571)

O regime da responsabilidade civil objetiva é apresentado através dos artigos 12 e 14 do CDC.

A adoção deste regime ocorre nas situações em que se mostra difícil definir o causador do dano, de forma que se deve optar pela responsabilidade civil objetiva para garantir a prestação jurisdicional. (Miragem, 2016, p. 571)

Conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto, a responsabilidade civil objetiva é a “[...] única capaz de atender aos reclamos de uma sociedade marcada pela produção em larga escala e na qual os danos são muitas vezes anônimos, isto é, não imputáveis a uma agente em particular” (Calixto, 2004, p. 76).

Sobre o ponto, também ensina Marcelo Junqueira Calixto que:

Em verdade esta responsabilidade civil objetiva está plenamente justificada pela necessidade de proteção do consumidor contra os riscos que podem ser, com vantagem, superados por aquele que detém os meios de produção e que é, portanto, capaz de evitar que estes mesmos produtos ofereçam riscos não imaginados pelos consumidores. (Calixto, 2004, p.108-110)

Outrossim, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento. (Tartuce, 2021, p. 150)

O respeito a estes interesses legítimos dos consumidores, como regra, não se submete à verificação do critério da culpa do fornecedor acerca de eventuais prejuízos causados por seus produtos ou serviços, mas simplesmente na proteção da confiança social de adequação e segurança dos produtos introduzidos no mercado. (Miragem, 2016, p.568)

Por fim, vale lembrar que o fornecedor é o principal responsável pelo produto ou do serviço colocado no mercado consumidor, respondendo por todos os danos decorrentes deste.

Assim, o conceito de fornecedor encontra-se, no art. 3º do CDC defini-os como:

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Os fornecedores, na concepção de Bruno Miragem são “[...] todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil” (Miragem, 2016, p. 571).

Portanto, quando os fornecedores colocam seus produtos e serviços no mercado de consumo, eles buscam o lucro e, na maioria dos casos, quando não informam adequadamente seu conteúdo específico, transferem os riscos do negócio para os consumidores. Assim, o fabricante é responsável por colocar o produto ou serviço no mercado. Tendo em vista que os produtos ou serviços podem apresentar defeitos que causem prejuízos aos consumidores, o fornecedor será responsável por responder por esses problemas. Como demonstrado em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Nona Câmara Cível⁴.

4 APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. ACIDENTE DE CONSUMO PELO FATO DO PRODUTO. SEGURANÇA ALIMENTAR. INGESTÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO. PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA REFORMADA. O fabricante responde pelo produto defeituoso, assim considerado aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias do §1º do art. 12, só não sendo responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme determina o §3 do artigo em comento. A responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando que fique comprovada a ocorrência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Aplicação da teoria da redução do módulo probatório. Defeito no produto que colocou em risco a saúde do autor que ingeriu a maionese com prazo de validade vencido, ocasionando intoxicação alimentar. Precedentes jurisprudenciais. Quantum indenizatório fixado em R\$ 2.000,00, considerando as características compensatória, pedagógica e punitiva da indenização. RECURSO PROVIDO.(Apelação Cível, nº 70083952705, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 29-04-2020)

A sistemática do CDC divide a responsabilidade do fornecedor em responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança, e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. (Cavaliere Filho, 2019, p. 309)

3 Responsabilidade Civil pelo Fato e Vício do Produto

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou o serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam. (Miragem, 2016, p. 572)

Analisando a responsabilidade civil pelo fato do produto que também é chamado de acidentes de consumo, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio. (Cavaliere Filho, 2019, p. 311) Trata-se da causa objetiva do dano causado ao consumidor, em virtude de defeito do produto, ou seja, da manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, atingindo a integridade do consumidor e ensejando a responsabilidade delitual e extracontratual do fornecedor. (Wambier, 1995, p. 118)

O fato (acidente de consumo) é a anomalia extrínseca decorrente de defeito do produto, relacionada à teoria da segurança, que atinge a órbita pessoal (vida e integridade física do consumidor) e a esfera patrimonial que ultrapassa os limites do produto defeituoso. (Ferreira Filgueiras, RDC 100/115-139)

A origem desse tipo de responsabilidade civil, assim como seu maior desenvolvimento, sem dúvida, são observados no direito norte-americano, ao longo do século XX, tendo se apresentado mais recentemente também no direito europeu – notadamente a partir das normas de direito comunitário. (Miragem, 2016, p. 572)

É paradigmático, neste sentido, o caso *McPherson vs. Buick Motor Co.*, decidido pelo Tribunal de Apelações de New York, em 1916. Nos autos em questão, discutia-se a extensão da responsabilidade de uma fábrica de automóveis pelos veículos por ela fabricados. Na ocasião, decidiu o Tribunal

que, tendo em vista se tratar de produtos “perigosos”, o fabricante tinha a obrigação de adotar precauções não apenas em relação ao comprador do produto, mas também em relação a quaisquer usuários do automóvel, razão pela qual poderia ser imputada responsabilidade por negligência na hipótese de danos a quaisquer terceiros usuários do bem. (Zweigert, 2002, p. 649)

No mesmo sentido, no direito britânico, foi a decisão da Câmara dos Lordes, em 1932, responsabilizando o fabricante de uma garrafa de cerveja por danos causados ao consumidor que observou se desprender do fundo da garrafa os restos de um caracol em decomposição. (Zweigert, 2002, p. 649)

O Código de Defesa do Consumidor definiu dois sistemas de responsabilidade civil para os fornecedores: o da responsabilidade por fato do produto e do serviço (artigos 12 a 17 do CDC) e o da responsabilidade por vício do produto e do serviço (artigos 18 a 25 do CDC). A distinção entre estes sistemas reside no tipo de dano que cada um deles tutela e no regime jurídico a eles aplicado.

3.1 Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto: Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor

Para o desenvolvimento do presente artigo cabe analisar o conceito legal da responsabilidade civil pelo fato do produto, que está disposto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o qual refere que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Ao exercerem atividade econômica, os fornecedores podem eventualmente colocar no mercado produtos defeituosos, que não oferecem ao consumidor segurança em seu consumo ou uso e causam ou podem causar danos ao consumidor. Se isso acontecer, os fornecedores responderão pelos danos causados por defeitos em seus produtos ou serviços, de forma objetiva, isto é, independentemente de culpa, porque seus produtos ou serviços devem ter qualidade. (Silva Neto, 2013, p. 198)

O referido dispositivo diz que o fornecedor responde “independente da existência de culpa”. É o que se chama de “responsabilidade objetiva do fornecedor” (Silva Neto, 2013, p. 201).

Em outras palavras, independentemente de a contaminação pela substância ter ocorrido propositalmente ou não, a cervejaria é responsável pelos danos causados em decorrência do produto que estava sendo comercializado.

Assim, quanto ao nexo de causalidade entre o dano causado ao consumidor e aquela dada conduta do fornecedor de oferecimento do produto ou serviço no mercado, por outro lado, é um elo que só se produzirá com a existência do defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente se espera.

Em relação ao defeito, o CDC conceitua em seu artigo 12, §1º que:

o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Sendo assim, pode-se dizer que defeito é característica ou condição de produto ou serviço que representa desconformidade com a norma técnica aplicável ou com a expectativa legítima do consumidor (determinada a partir da finalidade razoável do produto), aliada à capacidade de provocar danos, ou seja, capacidade de provocar acidentes de consumo. (Silva Neto, 2013, p. 208)

Conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto “[...] o conceito de defeito está relacionado não propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores” (Calixto, 2004, p.122).

Da mesma forma, o dano também é um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, que pode se qualificar como patrimonial ou moral. Conforme dispõe o CDC, as vítimas deverão ser indenizadas por todos os danos que podem ser sofridos – patrimoniais e morais. (Benjamin, 2010, p. 145-146)

Portanto, depreende-se desse dispositivo que fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, e causa dano ma-

terial ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto. (Cavaliere Filho, 2019, p. 311)

Por fim, tratando-se de danos decorrentes da relação de consumo, produzido por produtos defeituosos, assim o Código Civil fica afastado. O fundamento desta responsabilidade deixa de ser a relação contratual para se materializar em função da existência de outro tipo de vínculo: o produto defeituoso lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente, consoante o art. 12 do Código do Consumidor. (Cavaliere Filho, 2019, p. 311)

4 Crime de consumo: Análise da Omissão na Comunicação e Retirada de Produtos Nocivos

No sistema de responsabilidade do fornecedor, quando há danos causados aos consumidores, ressalta-se a responsabilidade penal. A tutela penal é de grande relevância, pois dá maior efetividade à defesa do consumidor – uma vez que, ao punir penalmente os infratores, acaba por também inibir atos reprováveis pelo CDC. Assim o Código determinou que alguns comportamentos reprováveis fossem enquadrados como crimes contra os consumidores, os quais estão previstos nos arts. 63 a 80 do CDC. (Azevedo, 2015, p. 48)

Almeida adverte que as condutas delituosas descritas no CDC são consideradas “crimes de perigo”, isto é, não se exige a ocorrência de efetivo dano ao consumidor, nem é este elemento constitutivo do delito. (Almeida, 2003, p. 165)

Por ora, diante da denúncia trazida pelo Ministério Público cabe ser analisado o artigo 64 do CDC, definido como a omissão de comunicação e de retirada do mercado de produto nocivo e perigoso. O referido dispositivo trata-se, de delito omissivo, formal, não depende de resultado, e tem por objetivo manter os valores inseridos no inciso I do artigo 6º do CDC, quais sejam: a proteção a vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Assim, quando o fornecedor que deixa de comunicar à autoridade competente e aos consumidores sobre a existência de vícios e defeitos de seus

produtos após a sua colocação no mercado, e ainda, quando o fornecedor ou fabricante deixa de retirá-lo do mercado após a constatação de defeito deverá ser punido com base no artigo supracitado.

Como podemos verificar no caso em estudo, os três sócios-proprietários da Cervejaria foram denunciados no artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de crime omissivo puro, já que sua consumação se perfaz por uma simples abstenção. Para a configuração do delito, o produto não precisa ser adquirido, basta que seja oferecido.

Verifica-se, contudo, que sua ocorrência pode se dar em duas hipóteses. A primeira quando o fornecedor deixa de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade dos produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. E a segunda, quando o fornecedor deixa de retirar do mercado os produtos nocivos ou perigosos, após determinação da autoridade competente. (Luz, 1999)

Para Luz (1999) o preceito cominatório contido no artigo 64, acaba por dar consequências criminais à norma civil atributiva de direito, prevista no artigo 10 do CDC, que veda a introdução no mercado de produtos nocivos ao consumidor. (Barral, 1999)

De acordo com o art. 10, §1º, da Lei nº 8.078/90, o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. Tais anúncios publicitários deverão ser veiculados na imprensa, rádio e televisão, a expensas do fornecedor do produto ou serviço (art. 10, §2º, da Lei nº 8.078/90).

Por fim, a pena para esse delito, de detenção de seis meses a dois anos e multa, por ser considerado de menor potencial ofensivo, cabe a concessão dos benefícios da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências).

Considerações Finais

O fato inegável é que com o passar do tempo, por conta da responsabilidade social, da qualidade de vida, do desenvolvimento pessoal e do consumo consciente e, claro, das novas propostas e novas demandas de tecnologia, as

relações de consumo se tornaram mais complexas e delicadas, que passaram a ter forte influência sobre os padrões de consumo da população.

O caso narrado mostra claramente essa relação de consumo, neste caso o fornecedor é fabricante de cerveja e o consumidor é o cliente final prejudicado pelo produto adulterado.

Constata-se, portanto, que as vítimas possuem o amparo legal no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), já que fica caracterizada a relação como consumidor, posto que, os mesmos se caracterizam como pessoas físicas, independentes dos seus aspectos de renda e capacidade financeira, pois os consumidores adquiriram e consumiram a bebida alcoólica posta em comercialização pelo fornecedor, como destinatário final do produto.

Já a relação do fornecedor se define através do artigo 3º, §1º do CDC.

Assim a Cervejaria se faz fornecedora posto que, trata-se de pessoa jurídica de direito privado, nacional, que desenvolve a produção e a comercialização de bebida alcoólica.

Certo é que a relação de consumo foi caracterizada pelo vínculo, que se formou através da manifestação da vontade, entre os consumidores e a Cervejaria, no momento que aqueles adquiriram as bebidas alcoólicas.

Sendo assim, a responsabilização, segundo o artigo 12 da Lei nº 8.078/90, o fabricante responde pela reparação dos danos causados aos consumidores independentemente de culpa. No caso em comento, no qual ocorreu contaminação culposa (ou seja, sem intenção), a cervejaria é obrigada a ressarcir as vítimas (todo mundo que ingeriu o produto, mesmo que não tenha comprado) que sofreram danos pelo consumo da cerveja contaminada com dietilenoglicol.

Outrossim, no que tange à utilização de substância nociva à saúde, é importante mencionar a regra geral insculpida no artigo 10 da Lei nº 8.078/90, inserida em uma seção destinada à proteção à saúde e à segurança do consumidor, pela qual o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Como vimos no caso estudado, os três sócios da Cervejaria também foram denunciados pelo crime omissivo puro, previsto no artigo 64 do CDC, quando deixaram de comunicar, possível adulteração da cerveja, a autoridade com-

petente e aos consumidores sobre a periculosidade e nocividade do produto adulterado (cerveja) colocado no mercado de consumo.

Conclui-se, portanto, que não se tratou de um mero aborrecimento e sim de um grande dano moral, patrimonial e físico aos consumidores, que segundo CDC e Código Civil vigente deveram ser reparados de todos os danos, ocasionados pelo delito em estudo.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Saraiva, 2003. AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Direito do consumidor**. – 1ª. ed. – Curitiba: InterSaberes, 2015.

BARRAL, Gleice Leila. **Artigo – Os Crimes na Relação de Consumo no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASI. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

DE CASTRO, Cristina M. e FIÚZA, Patrícia. **Caso Backer: Ministério Público denuncia sócios da cervejaria por contaminação com dietilenoglicol**. 04 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/09/04/backer-ministerio-publico-oferece-denuncia-criminal-contrasocios-da-cervejaria-por-contaminacao.ghml>. Acesso em: 12 jun. 2024.

FERREIRA FILGUEIRAS, Marina. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto. **Revista de Direito do Consumidor** - RDC 100/115-139.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do Consumidor Anotado**. 1ª ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, A. O. K. **A Confiança e suas implicações nos crimes de relação de consumo**. 2021. Dissertação (Pós-graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

RICCI, Larissa. **Caso Backer: saiba como a polícia detectou causa de contaminação de cerveja**. 10 jun. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/06/10/interna_gerais,1155364/caso-backer-saiba-como-a-policia-detectou-causa-de-contaminacao-de-ce.shtml. Acesso em: 12 jun. 2024.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** \ Orlando Celso da Silva Neto. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**, volume único. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 150.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Código do Consumidor comentado**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introducción al derecho comparado**. Trad. Arturo Aparício Vasquez. México: Oxford University Press, 2002.

O SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: PERSPECTIVAS DE FUTURO

Carla Dolezel Trindade¹

Simão Aznar Filho²

Carlos Alberto Paraguassu Chaves³

Resumo

O sistema de segurança social tem sofrido mudanças importantes ao longo do tempo. Com o surgimento da pandemia, a pobreza aumentou consideravelmente por todo o mundo. Torna-se necessário pensar em um sistema de segurança social que seja amplo e garanta um mínimo existencial, de maneira a proteger os mais vulneráveis diante do caos surgido com a manifestação da Covid-19. Para isso, é necessário observar por meio de reflexões o papel das comunidades internacionais, e como certas mudanças legislativas podem cooperar com um sistema semelhante ao espanhol de ingresso mínimo vital.

Palavras-chave: segurança social; pandemia; coordenação legislativa.

Abstract

The social security system has undergone important changes over time. With the emergence of the pandemic, poverty increased considerably across the world. It is necessary to think about a social security system that is broad and guarantees an existential minimum, in order to protect the most vulnerable in the face of the chaos that emerged with the outbreak of Covid-19. To do this, it is necessary to observe through reflection the role of international communities, and how certain legislative changes can cooperate with a system similar to the Spanish one of minimum vital entry.

Keywords: social security; pandemic; legislative coordination.

1 Doutora pela Universidade Nacional de Iloilo - Faculdade Instituto Rio de Janeiro. E-mail: carla.dolezel@fiurj.edu.br; Lattes: 2603399429754492; Orcid: 0000-0001-6175-1423.

2 Doutor pela Universidade Nacional de Iloilo - Faculdade Instituto Rio de Janeiro. E-mail: simao.aznar@fiurj.edu.br; Lattes: 2386651764040217; Orcid: 0000-0002-3854-1457.

3 Doutor pela Universidade de Brasília - Faculdade Instituto Rio de Janeiro. E-mail: carlos.paraguassu@fiurj.edu.br; Lattes: 2978339514056200.

Introdução

As transformações ocorridas no início de 2020 revelou uma série de situações sociais que modificaram o panorama das relações não apenas no campo interpessoal, mas sobretudo entre os Estados. No âmbito do Direito à Segurança Social tais situações revelaram a existência de problemas relacionados à manutenção e garantia dos sistemas de proteção social, que já eram frágeis, e soçobraram em uma crise como a experienciada com o advento da pandemia.

O Direito à Segurança, mais uma vez, sujeita-se a um intenso processo de mudança “qualitativa” (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020 p. 21). Neste sentido, observa-se que diante do quadro sanitário que se apresentou – e que permaneceu por anos – novas perspectivas devem ser pensadas e planejadas com o objetivo de se criar um sistema de segurança social que transponha para os Estados a responsabilidade de uma política pública de permitir um mínimo existencial àqueles que necessitam de ajuda, sobretudo em tempos de incertezas como ocorreu com a manifestação da Covid-19.

A ordem social nasce e prospera à medida que os indivíduos e Estado suportem as realidades que surgem, seja durante longos períodos de bonança, seja em momentos de carestia. As vicissitudes apresentadas com situação sanitária surgida com a pandemia revelam para o Direito à Segurança Social a necessidade de repensar o panorama das relações e os impactos que o sistema de proteção social tem sofrido e sofrerá num futuro próximo.

Assim, torna-se importante uma reflexão abrangente e a busca de soluções para compor a ordem das coisas, num equilíbrio entre a proteção social em tempos de pandemia, a efetivação dos Direitos Humanos que são condizentes com o problema a ser enfrentado atualmente, e ainda uma perspectiva sobre o papel da cooperação internacional neste sistema complexo de garantir um mínimo existencial quando surge uma situação sanitária tal como a vivenciada na pandemia da Covid-19.

Neste trabalho debruçamo-nos sobre as questões acima referenciadas, de modo a refletir sobre os caminhos possíveis da proteção social num sentido amplo, num mundo cada vez mais complexo onde as situações de desigual-

dade tendem a criar um distanciamento entre aqueles que têm acesso aos meios de subsistência e aqueles que estão à margem da segurança jurídica e, conseqüentemente, veem o Direito Humano à segurança social como um espectro intangível.

Iniciamos por considerar, ainda que sumariamente, a situação do Direito à Segurança Social, com um enquadramento histórico e generalidades sobre a questão pertinente.

Num segundo plano, consideraremos os organismos internacionais na promoção da justiça social em matéria de seguridade, nomeadamente o papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como agente de transformação e influência das políticas nesta matéria. Num terceiro momento, abordaremos a experiência espanhola – recentemente incorporada ao ordenamento jurídico – sobre o ingresso mínimo vital, instituto esse criado para garantir a proteção dos menos favorecidos e muitas vezes desamparados por forças alheias aos seus desejos.

Por fim, refletiremos sobre algumas perspectivas do futuro da segurança social, numa digressão de como o mínimo existencial deve ser tratado na contenção e inibição da pobreza generalizada em tempos de pandemia.

Embora não haja como proposta a solução do problema do sistema de segurança social, os elementos de reflexão propostos poderão contribuir para um olhar crítico e incisivo sobre os rumos que este campo do conhecimento tem estado sujeito, um vetor de proteção e garantia dos direitos inerentes ao ser humano.

Artigo originalmente apresentado junto ao programa de Pós Doutorado em Direitos Humanos e Sociais da Universidade de Salamanca com suas devidas alterações e atualizações.

1 Histórico e generalidades

Como dito, o sistema de segurança social tem sofrido mudanças significativas ao longo do tempo, e tem se tornado, mais uma vez, objeto de estudo e preocupação nos últimos anos, em especial quando do surgimento da pandemia manifestada no início de 2020. O intenso processo de mudança qualitativa provocado pelas situações inesperadas como as vividas durante a situação sanitária da Covid-19 levou muitos Estados a impulsionarem

avanços sociais mediante políticas públicas de prevenção, e até medidas excepcionais que se aprovaram e tornaram-se permanentes e estruturantes, configurando-se uma típica prestação econômica de caráter contributivo à Segurança Social (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020, p. 21).

Os sistemas de proteção social dos Estados é um processo resultante de uma sedimentação histórica, complexo e inacabado, que tem a sua origem num primeiro momento nas classes trabalhadoras, e que se desenvolve gradualmente em outros coletivos até sua ampliação a todos os cidadãos (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, ano p. 24).

Embora haja uma divisão sistemática do Direito para sua compreensão estrutural, o sistema de seguridade social – consequentemente o Direito à Segurança Social – possui aspectos jurídicos e políticos em sentido amplo, pois ao nosso sentir é uma das instituições mais importantes na busca da promoção social e erradicação das desigualdades, uma vez que tem um poder normativo nascido do Direito e ao mesmo tempo conjuga acordos e intenções políticas de promoção multinível, uma espécie de solidariedade social na busca do bem comum.

A esse respeito, vale a lição de Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura sobre o conjunto de medidas que ocupam o sistema de segurança social, *in verbis*:

Desde un punto de vista muy general, y fundamentalmente político, «Seguridad Social» aparece frecuentemente como equivalente a «Protección Social», dentro de lo que puede considerarse el esquema típico de un «Estado social» – perspectiva jurídica –, o «Estado del Bienestar» – perspectiva económica y sociológica –, frente a los esquemas de los Estados liberales» anteriores y en cierto modo distinto a los de los «Estados socialistas». El Estado social desarrolla una política de solidaridad («interviene») en las más diversas materias (Economía, Fiscalidad, Educación, Vivienda, Salud, etc.), que extiende las clásicas funciones de todo Estado y que toma como punto de referencia la situación de la población, o de la sociedad, y que se apoya en una idea de Solidaridad social, como instrumento de igualdad, o de un concepto de Justicia social. Dentro de ese conjunto de acciones, la última sería la «Protección Social», instrumentada a través del reconocimiento de técnicas o «prestaciones sociales» (actividad pública «prestacional»), otorgadas a los individuos en los casos de necesidad

ya aludidos, socialmente atendibles (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020, p. 24).

Observa-se, por oportuno, que o conceito jurídico e político de segurança social conflui-se numa perspectiva de proteção social em sentido amplo, e conforme elencado nas linhas anteriores são ações por parte do Poder Público e de seus agentes que devem desenvolver uma atividade pública prestacional de solidariedade, um dever por parte dos Estados em efetivar direitos sociais que modificam estruturalmente a qualidade de vida daqueles que são socialmente carenciados.

Embora a atividade de proteção social seja tão antiga como a própria História da Humanidade, o sistema de Beneficência incorpora-se durante o século XVIII como elemento de contenção da pobreza, e ainda em 1661 a Lei dos Pobres Britânica (*Poor Law*) é tida por muitos autores como a ação originária dos sistemas europeus de “Assistência Pública” (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020, p. 26).

Os surgimentos de diversos mecanismos formais de proteção e assistência desenvolveram-se por todo o mundo, marcando o início de um período que se convencionou chamar de sistema de seguridade social. Na segunda metade do século XIX verificava-se o surgimento na Alemanha de um sistema de proteção social (seguro social) materializado numa legislação que seria a base dos sistemas de segurança social do continente europeu. Sendo o seu reconhecimento adquirido pela legislação, com ele introduziu-se a noção de “prestações”, como um direito e cujos beneficiários eram, em princípio, a força de trabalho industrial (OIT, 2011, p. 7).

Um das técnicas que destacamos como instrumento de Bem-estar social seria aquela remanescente do seguro social de economia: a provisão social permitiu incorporar elementos de um sistema amplo de «Previsão Social» para o sistema de “Seguridade Social” ou “Previdência Social”. Não sendo um sistema completo e fácil de aplicação, trouxe, pelo menos, elementos importantes para a compreensão da evolução deste direito social, como a *universalidade* e *generalização* de direitos (por exemplo, as prestações sanitárias), a *uniformização* e *orçamento* das prestações de seguridade social, bem como a *inclusão* em um único sistema de medidas de Previsão Social, e outro de Assistência Social, com competências centralizadas no Poder Executivo.

Segundo Monereo Pérez,

Se trataba, en suma, de fundir en un mismo Sistema unitario y completo – Sistema de Seguridad Social – los múltiples regímenes de Seguros y Asistencia hasta el momento existente. Con una fuerza inusual, el discurso pronto se tradujo en normas, y las normas en prácticas, de modo que la oleada de transformaciones a la estela del Plan Beveridge fue inmediata. Se ha de recordar una vez más que se estaba ya plenamente dentro de un nuevo modelo de Estado, que, denominado «de Bienestar», ya había saltado o irrumpido en los textos constitucionales de los países más desarrollados – Derecho Constitucional Social –, así como en los textos internacionales – Derecho Social Internacional –. La conformación del Estado prestador de servicios a la comunidad, a la población, dentro del cual el Sistema de Seguridad Social, como conjunto más consolidado de «derechos de prestación social» o «libertad real», se constituyó naturalmente en su núcleo, anclará sus fundamentos en el máximo plano normativo. No obstante, lo hará de una forma notablemente peculiar – más debilitada y equívoca – respecto a los principios, técnicas y garantías típicos de los «derechos de libertad» e «igualdad» formales (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020, p. 32).

No plano constitucional, a segurança social ou previdência social destaca-se como uma proteção dos direitos sociais conquistados ao longo do tempo, com forte inclinação sistemática, primeiramente impondo-se com a Constituição mexicana de 1917 e tendo a Constituição de Weimar como outra fonte de expressão a ser considerada⁴. O desenvolvimento sistemático dos direitos sociais nas constituições mais recentes tendem a expressar as preocupações com as instabilidades que existiram outrora – sobretudo nos períodos entre guerras – de modo a garantir um sistema protetivo positivado, normativo, superando qualquer sentimento meramente ético ou moral, que seria difícil de impor ou aplicar em condições de desigualdade, o que compreendemos justificar-se num sistema de valores constitucionais que apresentem situa-

⁴ A título de exemplo, a Constituição brasileira de 1934 é influenciada pela Constituição de Weimar, sendo a primeira carta constitucional a receber um título especial sobre a ordem econômica e social. Seguem no mesmo caminho outras constituições da América Latina, preocupação esta legítima de resguardar os direitos dos trabalhadores (num primeiro momento) devido à situação instável iniciada na segunda metade do século XIX e materializada em duas Grandes Guerras.

ções subjetivas (pessoais ou grupais), organizando-as em capítulos próprios e analisando-as no plano concreto dos direitos fundamentais⁵.

Ao transportar os direitos sociais da seguridade e previdência para os textos constitucionais, o legislador ordinário preocupou-se não apenas com as garantias individuais e coletivas necessárias ao seu pleno desenvolvimento; cremos que trazer o sistema de proteção da segurança social para a Constituição é obra de um sentimento mais profundo de garantias que estejam plenamente viabilizadas no corpo de uma Carta Política. Neste mesmo sentido, o direito à segurança social é um direito fundamental, e indo mais além, é uma obra de universalidade que transpõem-se como um Direito Humano reconhecível, perceptível – não apenas porque é constitucionalmente aceito, mas, sobretudo, por ser incorporado à Constituição como direito universal e elementar.

Papel importante de expressão da seguridade social é encontrado nos textos e instrumentos internacionais, e conforme já referido, tornam-se particularmente importantes após o período da II Guerra Mundial como um Direito Humano reconhecido. Destaca-se neste plano o Convênio n.º 102 da OIT (1952), a Carta Social da União Europeia (1961, revisada em 1996), bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, este último instrumento objeto das nossas reflexões. Outros instrumentos normativos recebem atenção especial, nomeadamente as discussões promovidas pela OIT no campo da seguridade social durante o período da pandemia como, por exemplo, a Recomendação n.º 202⁶.

5 São exemplos da sistematização dos direitos sociais os artigos 41.º (Constituição espanhola), 63.º (Constituição portuguesa), 6.º (Constituição brasileira), bem como no plano europeu dos direitos sociais o artigo 34.º da CDFUH.

6 A Conferência promovida pela OIT em 2021, além de tratar sobre diversos temas trabalhistas e de seguridade, infere um assunto interessante sobre a crise sanitária, *in verbis*: “O alargamento das medidas de proteção social, em muitos países, tem desempenhado um papel importante para atenuar os impactos da crise da COVID-19 sobre os mais vulneráveis. A crise pôs em evidência a importância do acesso a cuidados de saúde essenciais e da segurança do rendimento mínimo ao longo do ciclo de vida, tal como reconhecido na Recomendação (N.º 202) sobre os Pisos de Proteção Social, de 2012. Para fazer face à crise, muitos países aumentaram ou adaptaram as medidas de proteção social durante a pandemia de modo a incluir grupos populacionais anteriormente sem cobertura ou com cobertura inadequada. Mais de três quartos destas medidas estão a ser financiadas numa base não contributiva, através do orçamento do Estado. Este facto demonstrou a importância das prestações não contributivas para garantir a proteção mínima de todos em termos de saúde e rendimentos” (OIT, 2021, p. 65).

Neste sentido, em tempos de situação sanitária inesperada, como a manifestada pela Covid-19, torna-se ainda mais importante (e plausível) a criação e manutenção do sistema de seguridade social, uma vez que os problemas derivados do caos econômico-social de conhecimento geral, devem ser alargados num plano concreto, atingindo não apenas trabalhadores, mas a população em geral, o que procuraremos discutir nas linhas que se seguirão.

2 O sistema normativo de seguridade social

No âmbito europeu, destacamos dois sistemas positivados sobre a seguridade social, e suas implicações diretas em outras fontes geradoras de direitos e obrigações nesta matéria, quais sejam, os instrumentos internacionais de seguridade social e o direito comunitário *per se*, com o papel importante das Diretivas e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Consideramos também, como novidade jurídica o caso espanhol sobre o ingresso mínimo vital, que traduz-se numa garantia de seguridade social não contributiva.

2.1 As normas internacionais de seguridade social

As normas internacionais em matéria de seguridade social têm sido classificadas pela doutrina como “normas de coordenação” e “normas de convergência” (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, p. 46). A primeira, tem o objetivo de facilitar a proteção dos trabalhadores migrantes, de modo que o fluxo migratório não fragmente as coberturas já realizadas entre outro país, ou mesmo no país de origem do migrante, como exemplo; a segunda, tem a ambição de exigir maior comprometimento político no estabelecimento das regras inerentes à proteção social (por exemplo, estabelecer um regramento de convênios entre países com o objetivo de facilitar a proteção dos imigrantes em Espanha).

Pensando em sentido amplo, as normas internacionais podem ser também compreendidas num sistema de vinculações ou meramente como recomendações. A esse respeito, papel importante tem desempenhado a OIT ao longo do tempo acerca das proteções e garantias dos direitos dos trabalhadores e suas famílias, de modo a influenciar decisões importantes neste campo, com estudos de casos e grupos de trabalho e observação sobre as mudanças

ocorridas no campo do Direito do Trabalho e da Segurança Social. Em que pese as discordâncias em cada sistema jurídico, seja no campo comunitário ou extracomunitário, a OIT esforça-se na análise dos problemas de viabilidade das garantias fundamentais destes grupos, preocupando-se sobretudo com a dignidade humana e a manutenção dos Direitos Humanos.

Pese a todo, hay que insistir en que el cuerpo normativo más relevante es el OIT, que cuenta con un amplio número de Convenios – vinculantes – y Recomendaciones – no vinculantes, pero útiles como guía de interpretación – (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, 2020, p. 47).

São diversos os campos de atuação da OIT nos sistemas de proteção e direitos inerentes à seguridade social, como o convênio sobre enfermidade (Convênio 25 e 25), maternidade (Convênio 103), norma mínima de Seguridade Social (Convênio 102), preservação de direitos em matéria de seguridade social (Convênio 157), dentre outros campos específicos de proteção dos trabalhadores e de suas famílias.

Frente à situação sanitária provocada pela manifestação da Covid-19, compreendemos que ainda que não haja um convênio vinculante que estabeleça ajuda e proteção a todo o coletivo, seria importante que as recomendações da OIT tornassem-se, num primeiro momento, guia ou fonte de interpretação da atual situação, mas que convertessem-se em convênio para conter a dramática situação de muitos indivíduos que não possuem qualquer ajuda para a subsistência diária. Independentemente de ser um nacional ou estrangeiro, muitos profissionais liberais e autônomos sofrem com a pandemia, tendo em risco sua dignidade em situações de miséria ou pobreza extrema. Em informe produzido pela OIT acerca dos riscos e vulnerabilidades no campo da saúde e segurança social, é importante assinalar a situação dos trabalhadores informais e os riscos inerentes à situação sanitária, *in verbis*:

Los trabajadores informales, que representan alrededor del 61 por ciento de la fuerza de trabajo mundial, son particularmente vulnerables durante una pandemia. Los trabajadores del sector informal de la economía ya se enfrentan a mayores riesgos de seguridad y salud en el trabajo (SST) y carecen de protección suficiente. Al trabajar en ausencia de protecciones como la licencia por enfermedad o las prestaciones de desempleo, estos trabajadores pueden verse obligados a elegir entre la salud y los ingresos,

lo que supone un riesgo tanto para su salud como para la salud de los demás, así como para su bienestar económico (OIT, 2020, p. 8).

Como dito, durante o período da pandemia ou guerras poderia convenir-se um sistema de proteção próprio, que englobe não apenas um aspecto da realidade social dos trabalhadores – ou não trabalhadores – que necessitem de ajuda. Pode-se refletir, por obviedade, que esta garantia transforme-se numa espécie de ingresso mínimo vital, ou numa garantia de um mínimo existencial a todos que dependam dessa provisão para a sua dignidade humana.

Compreendendo que as situações pós-Covid-19 criaram outras realidades, pensar num ingresso mínimo vital não seria algo inoportuno ou meramente teórico. Cabe, por obviedade, uma maior sensibilidade da comunidade internacional acerca desta matéria⁷ poderia, num primeiro plano, modificar a situação de muitos coletivos vulneráveis.

A criação dos instrumentos de proteção social nasce pelas complexidades humanas, ou seja, diante das necessidades humanas oriundas das variáveis da vida nascem instrumentos normativos que garantam e protejam os direitos dos indivíduos. As necessidades humanas, por sua vez, fazem nascer os instrumentos normativos, e não o contrário – tais instrumentos atingem um fim, que são as necessidades dos indivíduos –, pois não são eles que deveriam criar as necessidades. Este raciocínio, embora simples e desprovido de grandes pretensões, nem sempre está em harmonia com a realidade social.

É nesta direção que as normas internacionais deveriam influenciar positivamente os Estados. A já referida Recomendação n.º 202 da OIT é exemplo de um debate para despertar os agentes internacionais acerca da necessidade

⁷ Ao tratarmos do caso espanhol, teremos uma maior abertura à reflexão. Contudo, o que se observa no tempo presente é a dificuldade que trabalhadores de pouca qualificação enfrentam, que perderam seus postos de trabalho, ou aqueles que possuíam pequenos negócios informais e, devido as restrições impostas, não possuem meios de subsistir ante o caos social. Segundo informe da OIT, a situação pode ser percebida nos seguintes termos: “Los confinamientos y las interrupciones de los negocios que estos provocan, las restricciones de viaje, los cierres de escuelas y otras medidas de contención han tenido repercusiones repentinas y drásticas en los trabajadores y las empresas (OIT, 2020I). A menudo, los primeros en perder sus empleos son aquellos cuyo empleo ya era precario, como, por ejemplo, vendedores, camareros, personal de cocina, encargados de equipajes y limpiadores” (OIT, 2020, p. 8).

de uma provisão não contributiva para diminuir a pobreza, embora reconheçamos as dificuldades inerentes em criar tal solução.

Antes da pandemia, notava-se muitas situações que afrontavam os direitos inerentes à seguridade social – independentemente de serem migrantes, trabalhadores locais ou pessoas que necessitavam de algum tipo de proteção social –, tais situações são provocadas pela própria comunidade internacional e também por aspectos econômicos que dificultavam uma medida equânime de contenção dos problemas (muitas das vezes são Estados mais desenvolvidos que provocam este ciclo vicioso de disparidades). A IV Conferência Internacional do Trabalho, de 2021 revela a situação durante o caos sanitário que se instalou à época:

Embora possa não haver consenso quanto ao nível de desigualdade que é considerado aceitável, considera-se cada vez mais a perspectiva, reforçada pelas consequências da COVID-19, de que os níveis de desigualdade em muitos países são excessivos, comprometendo o progresso social, ambiental e económico. Estudos sugerem que níveis elevados de desigualdade atrasam o ritmo de crescimento económico, afetam a democracia, a coesão social e a confiança, contribuem para a degradação ambiental e têm efeitos negativos na saúde mental e física. Tal contribuiu para a percepção crescente de que são necessárias medidas urgentes para inverter a tendência de níveis mais elevados de desigualdade e assegurar que no futuro, as oportunidades e benefícios do progresso económico e social sejam aproveitados e partilhados de forma mais equitativa (OIT, 2021, p. 9).

As desigualdades nos campos do crescimento econômico e social revelam a necessidade de intensificar-se o trabalho dos instrumentos de proteção internacionais, e seria prudente que estes criassem um sistema de provisão mínima para o quadro sanitário atual. Nesta direção, opomo-nos quanto ao fenômeno de uma ordem social injusta, isto é, uma ordem que beneficia determinados grupos (de pessoas ou Estados) que podem desenvolver suas capacidades e potencialidades volitivas; outros, nem por isso podem fazê-lo. Este sistema de injustiça social deve cessar, ser estancado com políticas e instrumentos internacionais de justiça social, ou, pelo menos, que haja liberdade para se operar uma ordem justa e qualitativa de direitos e garantias fundamentais no campo da seguridade social.

Assim, as normas internacionais de proteção à seguridade social desempenham uma forte influência na promoção e efetividade dos direitos inerentes à matéria; consequentemente, é um modo de garantir a proteção dos Direitos Humanos que se referem a este espectro sociojurídico. Num mundo cada vez mais globalizado – e sujeito a dissabores como aqueles surgidos durante a pandemia e as recentes guerras – cada vez mais os instrumentos internacionais de proteção à segurança social tornam-se relevantes no combate às desigualdades sociais.

2.2 O direito comunitário e a segurança social

O caso europeu é particularmente emblemático. Com a evolução das primeiras comunidades que surgiram com finalidades distintas, o continente desenvolveu um novo sistema jurídico capaz de açambarcar Estados que outrora tinham visões distintas sobre elementos díspares e que na atualidade confluem para uma ideia de União Europeia (UE), e dentre os benefícios conquistados foi a pacificação do território, que outrora fomentara duas grandes guerras no século XX. Certo é que a UE tornou-se um sistema-modelo de organização supranacional, um produto da evolução institucional experienciada no processo de integração e desenvolvimento após a II Guerra Mundial (Fernández-Costales, 2018, p. 37), contudo os recentes conflitos voltam ameaçar essa paz, com o avanço das ideias de extrema direita.

Ainda que existam pontos divergentes sobre determinadas matérias, a União Europeia tem gozado de maior equilíbrio desde a sua criação, sendo o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) um marco na História recente das organizações políticas do continente. Embora nos variáveis sistemas jurídicos haja necessidades e situações distintas (perspectivas de educação, saúde, lazer, tributos, etc.), tenta-se no plano das Diretivas conquistar uma pacificação social de modo a respeitar o plano dos Estados- membros, e completar a legislação naquilo que haja discordância ou mesmo lacuna.

Contudo, nem sempre os efeitos jurídicos são condizentes com as situações concretas avaliadas pelo Parlamento. Não seria diferente no que toca ao sistema de seguridade social, no sentido jurídico-político proposto neste trabalho. Um dos motivos de tal afirmação é a disparidade do de-

envolvimento da Seguridade Social e sua dificuldade de harmonização e consequente convergência nos diversos sistemas nacionais (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, ano, p. 47). Por este motivo, em matéria de seguridade social ainda há muito o que fazer para transportar o entendimento sobre a proposta europeia de uma *obrigação moral* e o entendimento de cada Estado-membro tem sobre o conceito de solidariedade. Sobre a existência de um “Direito comunitário sobre Seguridade Social” é, *per se*, um elemento de competência da UE pouco explorado, ou mesmo limitado, lidando, essencialmente, com a situação dos trabalhadores e a livre circulação destes (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, ano, p. 47). O marco geral da coordenação nesta matéria foi a aprovação da Diretiva 2004/38/CE pelo Parlamento e Conselho, com a chamada “Diretiva de cidadania”. Contudo, como dito, em matéria legislativa há um silêncio profundo sobre a questão concreta de redução da pobreza por meio de um instituto de seguridade social protetivo.

Assunto derivado da Diretiva acima referida relaciona-se com o Regulamento n.º 883 (CE), também de 2004. Prevê, pela primeira vez, no âmbito da aplicação pessoal do regime de seguridade, proteção para aqueles que se encontram em situação irregular num Estado-membro. Mas a própria Diretiva 2004/38/CE prevê que aqueles que exercem o direito de residência não podem constituir uma “sobrecarga irrazoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento” (Abrantes, -; Silva, -; Alvim, -, 2013, p. 408), o que compreendemos ser um contrassenso em matéria de solidariedade.

Uma Diretiva que prestasse o serviço de inovar no quesito do mínimo existencial – sem a necessidade de um caráter contributivo de combate à pobreza – convergiria no plano intracomunitário o ideal da solidariedade em essência.

Outra afirmação que se poderá sustentar encontra-se na dificuldade inerente à tradição político-jurídica dos Estados da União Europeia (UE). Em cada Estado-membro há um conjunto de tradições políticas, filosóficas e culturais que dificultam a implementação de um senso de direção sobre um sistema de seguridade social amplo e profundo. Aquilo que parece ser lugar-comum para uma tradição latina, poderá tornar-se dificultoso num sistema de tradição anglo-saxônica, além da dificuldade primeira

que é a harmonização de valores de seguridade social já enraizados no sistema de proteção social dos Estados-membros da UE⁸. Talvez, por esta afirmação, veja-se o problema da criação de um direito comunitário à seguridade social.

O papel das Diretivas é crucial na conformação do Direito comunitário à Segurança Social, além da previsão normativa constante na Carta dos Direitos da União Europeia (CDFUE), que aplica um sistema moderno e protetivo dos direitos fundamentais com intenção clara de harmonização dos direitos e políticas públicas comunitárias.

O artigo 34.º da CDFUE trata da Segurança Social e da Assistência. Segundo o artigo, a UE reconhece o direito às prestações de segurança social (n.º 1), àqueles que se desloquem no interior da UE têm direitos às prestações (n.º 2), e também luta contra a exclusão social e a pobreza, respeitando o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes (n.º 3).

Com nítida inclinação de tornar relevante o modelo social de solidariedade europeu, o artigo 34.º respeita e articula as propostas da CDFUE com as legislações e práticas nacionais dos Estados-membros (Abrantes,; Silva,; Alvim, 2013, p. 402), com a preocupação de elevar e contribuir para um elevado nível de proteção social e de qualidade de vida dos cidadãos da comunidade.

Para a nossa proposta reflexiva, importa assinalar o n.º 3 do artigo 34.º, com sua inclinação de assegurar a proteção contra os *riscos sociais* que potenciam a perda de rendimentos, e que coaduna com o problema da situação sanitária da atualidade.

Se existe uma proposta de coordenação das legislações dos Estados-membros e a proposta da UE em matéria de seguridade social, há de se ter em

⁸ Uma dificuldade apontada por Monereo Pérez vai além da falta de vontade política comunitária; segundo sua lição, também "(...) existen grandes diferencias entre los sistemas de seguridade social de los Estados miembros, que se encuadran en modelos protectores cuyos principios son opuestos (v. gr., modelos beveridgeanos y bismarckianos), modelos que aunque han ido confluyendo en modelos mixtos, es claro que poseen en el plano técnico reglas tan dispares que una armonización encuentra grandes obstáculos (Monereo Pérez; Molina Navarrete; Quesada Segura, ano, p. 47). Em nossa opinião, este é um dos maiores desafios na aceitação das Diretivas que regem a EU.

conta a ponderação dos valores intrínsecos dos Direitos Humanos. É dizer, de outro modo, que se existem legislações nacionais que afastam a aplicação da CDFUE, os valores relacionados à dignidade humana, solidariedade e universalidade, dentre outros, deverão prevalecer se estiverem em conflito com os sistemas nacionais.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem clarificado, em diversas decisões, a importância da coordenação das legislações dos Estados-membros em matéria de seguridade social⁹. Contudo, não existe ainda no Parlamento europeu uma diretiva sobre o contingenciamento da pobreza, no sentido que se relacione ao mínimo existencial.

Voltamos, uma vez mais, ao cerne do problema do mínimo existencial em matéria de seguridade social, sobretudo durante o período de caos sanitário ou guerra. Se houvesse uma Diretiva com a amplitude de proteger os cidadãos carenciados pela crise da pandemia e das atuais guerras muitos dos problemas econômicos poderiam ter um impacto menos gravoso sobre a sociedade. E se a jurisprudência analisasse a CDUE no seu caráter de solidariedade (art. 34.º, 3), tornar-se-ia possível elevar o nível da coordenação legislativa entre os Estados-membros. Sendo assim, a interpretação extensiva da CDUE cumulada com uma Diretiva de ingresso mínimo vital nos Estados-membros constituiria um importante instrumento de solidariedade no âmbito europeu. Para a análise do instituto do ingresso mínimo vital, vale observar alguns elementos da experiência recente espanhola.

2.3 A experiência espanhola com o ingresso mínimo vital

Até aqui procuramos refletir sobre a possibilidade de uma política pública de seguridade social que seja ampla e atinja as reais necessidades das populações mais vulneráveis quando de uma crise sanitária da envergadura da Covid-19 e das atuais guerras. A recente experiência espanhola sobre a criação do ingresso mínimo vital poderá aludir as intenções deste trabalho, de modo a contribuir com um pensamento crítico e aberto aos novos desafios que se impuseram desde o início da pandemia.

⁹ Em linhas gerais, o TJUE enfrenta questões relacionadas a salários, prestações devidas, atividades assalariadas e não assalariadas, dentre outras; mas a questão central da pobreza pela catástrofe sanitária ainda não se tornou matéria legislativa ou jurisprudencial.

O Real Decreto-Lei 20/2020, de 29 de maio, estabelece o ingresso mínimo vital na Espanha. Mais do que uma prestação econômica, trata-se de uma política social de erradicação da pobreza, beneficiando pessoas vulneráveis a viverem dignamente.

A situação de vulnerabilidade na Espanha tem sido observada como um elemento distorcido daquilo que é a proposta dos governos das últimas décadas, chegando a ser considerada como uma anomalia a ser erradicada, posto haver cerca de 9,9 milhões de pessoas em risco de miserabilidade, pobreza extrema ou em situação de risco iminente de hipossuficiência¹⁰. Os desafios são muitos, mas uma política de renda mínima torna-se um marco dentre as políticas públicas de seguridade social na Espanha.

O quadro geral, conforme citado acima, busca diminuir as incertezas quanto ao futuro das populações menos favorecidas, e que por obviedade tendem a sofrer com o impacto das situações instáveis num mundo cada vez mais completos se comparado a outros momentos históricos, onde o sentido de justiça e bem-estar não se operavam – ou na se exigia políticas redistributivas de tamanha envergadura – tal como se observa na atualidade. Dito de outro modo, a situação dos carenciados é a primeira a ser considerada quando de um impacto decisivo na vida destas comunidades, e observa-se ainda mais acentuada com o advento da Covid-19, o que pensamos ter impulsionado e determinado, de algum modo, ingresso mínimo vital na política espanhola¹¹.

10 É o que se depreende do Preâmbulo do Real Decreto-Lei 20/2020, que baseado em estudos e recomendações dos organismos europeus apresenta um dos múltiplos problemas sobre a desigualdade na Espanha: “Aunque las causas de estas altas tasas de desigualdad y pobreza son múltiples, un factor común es el débil efecto redistributivo del conjunto de la intervención del Estado en España en comparación con la mayoría de los países de nuestro entorno. Dicha debilidad deriva en parte del menor desarrollo y financiación de partidas con claro impacto redistributivo (en especial la ausencia de una política estatal de garantía última de ingresos, como existe en la mayor parte de los países europeos), y en parte también por el diseño concreto que han tomado las políticas públicas”.

11 Baseamo-nos daquilo que se extrai do Preâmbulo do Real Decreto-Lei, “La necesidad de la puesta en marcha del ingreso mínimo vital como política destinada a corregir estos problemas se ha visto acelerada por la crisis sanitaria del COVID-19 y el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”. Pode-se inferir, com o cuidado acadêmico necessário, que o caos social vivido em muitos países no início da crise – em especial Espanha e Itália, que sofreram sobremaneira com a instabilidade do problemas – impulsionou diversas políticas de contenção e gestão sanitárias, mas poucos foram os Estados comunitários que desenvolveram uma política concreta como a observada através do ingresso mínimo vital.

Com um Preâmbulo relativamente extenso, o Real Decreto-Lei 20/2020 aclara a situação da Covid-19 de modo a identificar – e ao mesmo tempo justificar – a necessidade de uma prestação social não contributiva, a assegurar uma existência digna e solidária aos grupos necessitados. Em nossa opinião, a construção do Preâmbulo inserido nestes termos é válida e necessária quando identifica os atores que submeter-se-ão ao benefício social:

Más allá del impacto directo sobre la actividad económica, la pandemia ha desembocado en una profunda crisis social, que afecta especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad.

Las situaciones de crisis proyectan sus efectos más perjudiciales sobre la población más vulnerable e insegura, que no goza de una estabilidad permanente en sus ingresos, y que además está insuficientemente atendida por la mayor parte de las políticas sociales, vinculadas a la existencia de relaciones estables de empleo.

Por tanto, a la vista de lo expuesto anteriormente, la situación de pobreza y desigualdad existente en España y el incremento de la vulnerabilidad económica y social ocasionado por el COVID-19, exigen la puesta en marcha con carácter urgente de un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional. Este mecanismo, articulado a partir del mandato que el artículo 41 de la Constitución Española otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia. A esta finalidad responde la presente disposición, aprobando el ingreso mínimo vital como prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

Torna-se oportuno dizer que o Real Decreto-Lei 20/2020 procura estender ao máximo possível a proteção social dos grupos vulneráveis – aqueles na faixa etária entre 23 e 65 anos que morem sozinhas ou que não estejam estabelecidas num casamento ou união de fato, como regra geral –, de modo a contemplá-las no sistema do ingresso mínimo vital. Embora haja discussões sobre outros grupos abaixo dos 23 anos que poderiam ser contemplados com a proteção social, observa-se que o decreto referido tornou-se um marco na política pública espanhola, e que poderia ser pensado como fonte

de inspiração para outras políticas no âmbito mundial e mesmo no sistema extracomunitário¹².

3 Da necessidade da proteção social em tempos de pandemia e conflitos

Considera-se que durante o surgimento da pandemia mais de cinquenta por cento da população mundial não tinham qualquer proteção social ou meios de subsistir diante do quadro que se agravou. Não apenas a questão da saúde estava (e está) em pauta, mas também a impossibilidade de trabalho condigno, seja por medo do contágio, seja pela recessão econômica que se agravou. Tal fenômeno convencionou-se chamar de “lacuna da proteção social” (OIT, 2021, p. 47)¹³.

No campo da saúde, como exemplo, a situação demonstra o comprometimento dos rendimentos dos trabalhadores (e não apenas destes) quando

12 Segundo Thiago Santos Rocha (2020, p. 1007), a falta de proteção dos vulneráveis abaixo dos 23 requer uma análise sob o viés constitucional espanhol, e também do Código Civil, haja vista tornar-se uma discriminação já vedada pelo Tribunal Constitucional daquele país. Em suas palavras, encontramos a seguinte opinião: “Não é demais reiterar que a exclusão dos jovens das políticas de RMI autonômicas já foi apontada pelo CEDS como um fator de não observância do artigo 13.1 da Parte II da CSE por parte de Espanha, a partir da constatação de que, as políticas de garantia de renda das CCAA deixavam de fora os menores de 25 anos. Embora não exista hierarquia jurídica entre as normas da CSE, adotada pelo Conselho da Europa (Council of Europe), e as extraídas de outros tratados internacionais, como os que formam o direito comunitário da UE6, o papel secundário atribuído pelo Estado espanhol àquelas em relação a estas salta aos olhos ao se analisar as Disposições Gerais do Real Decreto-lei 20/2020, que nenhuma referência faz às normas da CSE ou às vinculantes conclusões do CEDS enquanto busca motivação da norma em recomendações de órgãos comunitários. Assim, desde uma perspectiva constitucional e de normas de tratados integrados ao ordenamento interno, estaria bem que o legislador ao menos se preocupasse em tentar demonstrar a legitimidade e o caráter não discriminatório de sua opção ao afastar do IMV as pessoas entre 18 e 23 anos que não estão integradas a uma UC”.

13 De acordo com dados da OIT (2011, p. 47), “(...) os trabalhadores mais pobres e vulneráveis – especialmente os trabalhadores com emprego informal, por conta própria e com emprego temporário – encontraram-se em situações ainda mais precárias. A maioria destas pessoas não tem conseguido aceder a cuidados de saúde a preços acessíveis e de qualidade sem pôr em risco as suas finanças. São também estas pessoas que, tendo sido as mais afetadas pela perda de postos de trabalho e de rendimentos, não podem contar com qualquer tipo de compensação em caso de perda dos seus meios de subsistência. Para elas, a escolha foi muitas vezes entre a exposição ao vírus e colocar a sua vida e a das suas famílias em perigo, ou colocar a sua subsistência em risco, deixando de trabalhar”. Ainda neste sentido, os trabalhadores – em especial populações migrantes e outros grupos de baixo rendimento – sofrem com a falta de proteção social ante a situação sanitária que se manifestou desde 2020.

do surgimento da situação sanitária catastrófica. Em uma Conferência Internacional do Trabalho, a OIT verifica a situação de vulnerabilidade naquilo que toca à saúde:

Os choques sanitários, como a crise atual, são uma fonte de empobrecimento dos agregados familiares que não estão abrangidos pela proteção social da saúde. Para aceder aos serviços de saúde, muitos destes agregados familiares têm de vender os seus meios de subsistência, pedir dinheiro emprestado com consequências a longo prazo e comercializar os seus ativos físicos e, muitas vezes, produtivos. Muitos trabalhadores não podem ter cuidados de saúde de qualidade sem cair na pobreza. Além disso, na crise atual, para muitos trabalhadores é impossível isolarem-se em caso de contaminação ou de possível exposição e beneficiarem de subsídios de doença (OIT, 2021, p. 47).

As estimativas da OIT sugerem – ainda que com certo grau de empirismo necessário – uma descompasso entre a necessidade de se promover a segurança e proteção sociais em sentido amplo e a desigualdade em sentido estrito. Em outras palavras, entende-se a necessidade de expressar mediante políticas públicas inclusivas a diminuição das desigualdades, mas no campo concreto ainda falta um sistema de garantias que viabilize a diminuição de tais desigualdades¹⁴. A existência da “lacuna” no campo do Direito à Seguridade Social é instrumento indefensável de afastamento do Direito Humano à proteção social.

A situação catastrófica acima referida poderá ser evitada desde que contenha-se o processo de formação da pobreza. Há, por obviedade, muitos elementos que são díspares na composição e retenção do abismo social que têm sido recorrentes nas comunidades internacionais (problemas de origem sociológica, ausência de uma cooperação internacional por parte dos Estados mais desenvolvidos, problemas regionais, econômicos, dentre outros). No entanto, a escusa no enfrentamento do problema real que intensificou-se

14 Embora reconheçamos a variedade de políticas públicas com caráter protetivo (exs., pensão por morte, abono familiar, dentre outras), pode-se voltar à questão do ingresso mínimo vital, pois nos parece mais completo num sistema de diminuição da pobreza geral. As várias proteções destinam-se a situações particulares, como nos exemplos referidos. De outro modo, o ingresso mínimo vital como elemento de política pública nas comunidades internacionais – desde que os requisitos para esta proteção sejam cumpridos – pode tornar-se como instrumento de diminuição da pobreza global.

com a pandemia deve ser levado em conta numa proporção de especificidade que crie um nível mínimo (aceitável do ponto de vista dos Direitos Humanos), a garantir a diminuição da pobreza crescente, evidenciada em toda a parte com o fenômeno dos bolsões de miséria extrema.

A experiência espanhola é válida como o início de uma conscientização jurídico-política que poderá, com as adaptações necessárias, ser utilizada nas comunidades internacionais para o enfrentamento do problema sanitário. Se, porventura, não seja possível que o ingresso mínimo vital torne-se um benefício social de imediato, poderá tornar-se no período de caos sanitário uma ajuda fundamental na busca da justiça social.

Em nossa reflexão, propomos que a perspectiva de futuro da seguridade social seja uma garantia de contenção da pobreza, a evitar, ainda mais, as disparidades já relatadas neste trabalho. A responsabilidade dos Estados e dos organismos internacionais em diminuir o abismo que separa ricos e pobres é uma «obra comum» (Maritain, 1967, p. 43), uma reunião de todos para a construção de uma sociedade política justa e compreensiva acerca das situações reais que se desenvolvem.

Não se trata de uma renda básica universal, com caráter meramente apelativo ao Direito à cidadania – a reflexão trata da criação de um rendimento mínimo ou um ingresso mínimo vital baseado na extinção da pobreza, e não pelo fato de ser cidadão ou estrangeiro. E nos tempos de vulnerabilidade sanitária o ingresso mínimo vital tem em sua proposta a melhor equação entre o custo de sua implementação e o Direito invocado por uma situação humanitária e que modificou quase todas as relações sociais¹⁵.

15 Ao comentar as diferenças uma política universal de renda e o ingresso mínimo vital espanhol, Santos Rocha afirma cinco pontos que caracterizam a renda básica universal (RBU): “1) regularidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; 2) em moeda corrente, e não pela entrega de bens ou prestação de serviços; 3) individualidade, e não em bases de estruturas coletivas, como a família, o lar ou a unidade de convivência; 4) universalidade, concedida a todos os indivíduos de determinada comunidade política independente de sua condição socioeconômica; e 5) incondicionalidade, posto que não se exige daquele que a recebe que trabalhe, busque trabalho ou tenha qualquer nova conduta específica em relação à sua vida individual. Ainda que o IMV coincida com a RBU nos quesitos “1” e “2”, dela se afasta no que se refere aos aspectos “3”, “4” e “5”, concentrando-se sobre estes as considerações a seguir”. O ponto que discutimos não se refere aos elementos caracterizadores de um sistema de proteção universal, que embora válidos não refletem diretamente nossa argumentação sobre a crescente pobreza relacionada à pandemia.

Por isso, o ingresso mínimo vital não atinge (ou não deveria atingir) uma classe social específica, ou uma condição humana meramente evidente; ao contrário, como dito, o que se procura evidenciar é o Direito Humano à Segurança Social por um fator sociológico que modificou a vida de milhões de pessoas pelo mundo. Aqueles que não precisavam da ajuda humanitária, por eventuais mudanças ocorridas pela Covid-19 ou guerras passaram a depender das ajudas dos familiares, amigos e mesmo de ingressarem nos institutos de Seguridad Social¹⁶.

Numa avaliação meramente reflexiva, os danos ocasionados pela manifestação da Covid-19 e atuais conflitos, serão sentidos por muitos anos. Com a pandemia é de notório conhecimento a dificuldade em sanar os problemas profundos que sujeitaram a todos uma mudança de paradigma, crendo que tal fenômeno foi percebido somente em períodos de guerras ou catástrofes naturais. Nos dias que se seguiram, a pandemia atingiu todos os aspectos da vida cotidiana, não importando a classe social, o gênero, a coisa pública ou qualquer elemento caro à existência humana, o que nos leva a insistir num sistema de seguridad social mais amplo e tendo como parâmetro a recente experiência espanhola em dirimir os conflitos da pobreza e hipossuficiência humanas.

O âmbito europeu, utilizado como pano de fundo das nossas reflexões, carece de uma maior coordenação legislativa no campo da seguridad social, o que seria uma fórmula justa de elevar a solidariedade para um alto nível de Direito Humano.

16 Em estudo anterior à Covid-19, tratando da teoria sobre uma renda básica acessível, alguns autores trazem uma lição interessante sobre a questão da sobrevivência dos trabalhadores, e que pensamos aplicar-se ao estudo do ingresso mínimo vital: “Además, la Renta Básica supondría, en caso de huelga, una especie de caja de resistencia incondicional e inagotable cuyos efectos para el fortalecimiento del poder de negociación de los trabajadores son fáciles de discernir. Efectivamente, el hecho de que en caso de conflicto huelguístico los trabajadores dispusieran de una Renta Básica permitiría afrontar las huelgas de una forma mucho menos insegura que en la actualidad. A día de hoy, dependiendo de los días de huelga, los salarios pueden llegar a reducirse de forma difícilmente soportable si, como acostumbra a ocurrir para la inmensa mayoría de la clase trabajadora, no se dispone de otros recursos” Arcarons; Torrens; Raventós, 2017, p. 27). Anterior ao ingresso mínimo español, o referido estudo é rico em detalhes sobre a pobreza e as dificuldades enfrentadas no mundo do trabalho por aqueles indivíduos que não conseguem uma recolocação para continuarem a exercer seus ofícios. Este é um dos grandes dramas, também, após o surgimento da pandemia.

No que toca ao futuro, as incertezas são a única certeza que existe. Não seria tarefa fácil prever os desdobramentos que a pandemia irá desenvolver; mas, num otimismo acadêmico, é possível prever que o sistema de proteção social das comunidades internacionais deverá levar em consideração um ingresso mínimo vital como sinônimo de eficácia de diminuição da pobreza, de modo a fazer valer um sentido de ordem pública – e de prosperidade, diga-se – que já foi desafio intelectual e lição de Jacques Maritain, o que supõe “não somente a passagem a melhores estados de organização, mas também a passagem a uma consciência melhor da dignidade da pessoa humana, e da primazia do amor fraternal entre todos os valores de nossa vida” (Maritain, 1967, p. 95). Este seria o objetivo a ser alcançado – a busca da felicidade e da prova moral de que verdadeiramente a humanidade caminha para uma promoção igualitária de valores elevados.

Considerações Finais

Procurou-se neste trabalho, ainda que sumariamente, expor certas reflexões acerca da seguridade social e seu papel fundamental na consecução primeira de criar -se um sistema de garantias e direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Para tanto, iniciamos por enquadrar historicamente alguns aspectos da evolução da matéria “Direito à segurança social” a partir dos desdobramentos do pós-guerra, utilizando a experiência espanhola sobre a proteção do ingresso mínimo vital como fonte de análise dos argumentos que se seguiram. Os argumentos desenvolvidos merecem algumas considerações finais, abertas ao debate acadêmico para análise e promoção do debate sobre o tema:

A situação sanitária iniciada em março de 2020 mereceu atenção por sua dimensão mundial com as implicações próprias trazidas com a manifestação da Covid-19, atingindo todas as atividades humanas, com prejuízo incidente sobre os mais vulneráveis, como trabalhadores de baixo rendimento, profissionais liberais, autônomos e pessoas com capacidades reduzidas, dentre outros grupos que eram – ou tornaram-se – vulneráveis, no sentido jurídico do termo. A dramática situação vivida no mundo e que provocou o aumento da pobreza em situação alarmante moveu diversos Estados e organismos internacionais a iniciarem um plano de contingência da crise, ainda que em

termos gerais não foi suficiente para controlar a situação, ao menos num plano espectável na realidade cotidiana.

Os sistemas de seguridade social avançaram ao longo do tempo, de modo a estancar diversos processos de desigualdades e disparidades no campo da assistência aos necessitados ou em situação de vulnerabilidade. No entanto, carecem de uma especificidade quando tomamos o fator “pobreza” como o elemento objetivo a ser vencido. Muito embora cada assistência social demande um caso objetivo a ser cuidado, o ingresso mínimo vital é muito mais amplo e ao mesmo tempo preciso no cuidado da assistência social quando da manifestação de uma situação sanitária tal como a conhecemos durante a pandemia.

Há, neste sentido, uma necessidade de proposta “universal” ao direito de um rendimento mínimo, o que propomos ser o caso do ingresso mínimo vital nos moldes da experiência espanhola. A garantia de um mínimo existencial colabora no macrocosmos da dignidade humana, em especial ao Direito Humano à seguridade social, posto ser um cuidado com o indivíduo na mais profunda noção da existência, na diminuição da pobreza e dos problemas ocasionados por ela. A real capacidade e potencialidade humanas nasce da responsabilidade social – e política – de permitir que os mais vulneráveis (indivíduos e Estados mais pobres) pertençam ao sistema de prosperidade, mesmo durante uma crise pandêmica.

Numa perspectiva de futuro, um sistema de ingresso mínimo vital colaborará com a eficiência das comunidades internacionais, de modo a diminuir as disparidades regionais (em princípio) indo ao encontro do Direito internacional, que colabora com o desenvolvimento das nações. No âmbito europeu, aplicável a outros sistemas políticos, existe a necessidade de uma maior coordenação legislativa, de modo a inibir a pobreza crescente no continente.

O sentido proposto neste trabalho, meramente especulativo e reflexivo, torna para nós a ideia primeira de que o homem é a causa de ser do Estado, e não o contrário. Ter bolsões de pobreza e miséria só separam – ainda mais – o progresso humano em sua mais elevada dignidade, o que compreendemos como um contraponto do ideal de justiça social, em termos amplos e profundos. A proteção social ampla – com seu princípio de garantir o mínimo existencial – materializou-se no ingresso mínimo vital, talvez, em apertada

síntese, como o início da conscientização social, posteriormente como um Direito positivo a serviço dos povos e comunidades internacionais.

Referências

ABRANTES, José João; SILVA, Rita Canais da; ALVIM, Mariana Sousa e. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

ARCARONS, Jordi; TORRENS, LLUIS; RAVENTÓS, Daniel. **Renta básica incondicional: una propuesta de financiación racional y justa**. Barcelona: Ediciones del Serbal, 2017.

MUNIZ, Javier Fernández- Costales. **Globalización, Migraciones y Expatriación de Trabajadores: los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional**. Madrid: Reus Editorial, 2018.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1967.

PÉREZ, José Luis Monereo; NAVARRETE, Cristóbal Molina; SEGURA, ROSA QUESADA; MOLINA, Juan Antônio Maldonado. **Manual de Seguridad Social**. 16.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa**. Genebra: Catalogação da OIT, 2011.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. As desigualdades e o mundo do trabalho. **Conferência Internacional do Trabalho**, (109.^a Sessão), 1-70, 2021.

ROCHA, Thiago Santos. **O ingresso mínimo vital na estrutura de proteção social da Espanha após a pandemia de COVID-19**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, (3), 994-1019, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** São Paulo: Malheiros, 2017.

A USUCAPIÃO DE IMÓVEIS EM LOTEAMENTOS IRREGULARES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

Carlos Alberto Diogo de Souza Filho¹

Resumo

O presente trabalho consiste em um estudo sobre a aplicação do instituto da usucapião como instrumento jurídico para aquisição do direito à propriedade em loteamentos irregulares no âmbito dos princípios constitucionais brasileiros, com foco especial na função social da propriedade e na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a relevância desta investigação consiste no desafio de apresentar uma complexa questão jurídica e social significativa no Brasil — a usucapião em loteamentos irregulares. A importância do estudo ocorre por conta da existência de muitos imóveis irregulares no Brasil, onde reside uma grande parcela da população. A pesquisa fornece entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre como a usucapião pode ser usada para regularizar imóveis em loteamentos irregulares, promovendo a justiça social, o acesso à moradia e o cumprimento dos princípios constitucionais. Com isso, pretende-se entender a relação entre o direito de propriedade, a função social da propriedade e a dignidade humana no contexto de loteamentos irregulares. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de analisar como os tribunais brasileiros interpretaram e aplicaram esses princípios em casos práticos da usucapião em outras situações de imóveis irregulares. Utiliza-se no presente trabalho a metodologia científica dedutiva (jurídico-dogmática), através de uma pesquisa qualitativa, que envolve uma análise doutrinária e decisões judiciais. Portanto, a usucapião desempenha um papel importante no sistema jurídico brasileiro como uma ferramenta jurídica de regularização da propriedade da terra em loteamentos irregulares. Com isso, enfatiza-se que o reconhecimento da usucapião nesses contextos de irregularidades formais do imóvel se alinha aos princípios constitucionais, particularmente à função social da propriedade e à promoção da dignidade humana. No entanto, verifica-se a grande importância do judiciário como efetivo garantidor do direito fundamental à propriedade através do reconhecimento da usucapião em loteamentos irregulares, para o efetivo atendimento de objetivos mais amplos de justiça social, incluindo a redução das desigualdades sociais e a promoção do acesso à moradia.

Palavras-chave: Propriedade; Usucapião; Loteamentos Irregulares; Função social da propriedade; Dignidade da pessoa humana; Justiça Social. Direito à moradia.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Pós-Graduado em Direito Imobiliário, Notarial e Registral. Especialista em Registros Públicos.

Abstract

The present work consists of a study on the application of the legal institute of adverse possession as a legal instrument for acquiring property rights in irregular subdivisions within the scope of Brazilian constitutional principles, with a special focus on the social function of property and the dignity of the human person. In this context, the relevance of this investigation lies in the challenge of addressing a significant and complex legal and social issue in Brazil—the adverse possession in irregular subdivisions. The importance of the study arises from the existence of many irregular properties in Brazil, where a large portion of the population resides. The research provides doctrinal and jurisprudential insights into how adverse possession can be used to regularize properties in irregular subdivisions, promoting social justice, access to housing, and compliance with constitutional principles. The aim is to understand the relationship between property rights, the social function of property, and human dignity in the context of irregular subdivisions. In this regard, it is necessary to analyze how Brazilian courts have interpreted and applied these principles in practical cases of adverse possession in other situations involving irregular properties. This work employs the deductive scientific methodology (legal-dogmatic), through qualitative research that involves a doctrinal analysis and judicial decisions. Therefore, adverse possession plays an important role in the Brazilian legal system as a legal tool for regularizing land ownership in irregular subdivisions. Accordingly, it is emphasized that the recognition of adverse possession in these contexts of formal property irregularities aligns with constitutional principles, particularly the social function of property and the promotion of human dignity. However, the judiciary's significant role as the effective guarantor of the fundamental right to property through the recognition of adverse possession in irregular subdivisions is highlighted, ensuring the fulfillment of broader objectives of social justice, including the reduction of social inequalities and the promotion of access to housing.

Keywords: Property; Adverse Possession; Irregular Subdivisions; Social Function of Property; Human Dignity; Social Justice; Right to Housing.

Introdução

O instituto da usucapião desempenha um papel significativo no Direito brasileiro, pois encontra-se conectado ao direito de propriedade, direito fundamental protegido pela Constituição de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, pois estabelece uma abordagem ampla dos direitos fundamentais.

O direito à propriedade é um princípio fundamental consagrado no Artigo 5º, XXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tutela a liberdade individual de possuir e usar a propriedade, ao mesmo tempo em que garante que a propriedade atenda aos interesses mais amplos da sociedade por meio de sua função social.

No entanto, esse direito não é absoluto, pois a função social da propriedade determina que o direito de propriedade deve servir não apenas aos interesses do proprietário individual, mas também contribuir para o bem-estar da sociedade como um todo. O Estado regula a propriedade e, com isso, destaca-se a interconexão dos direitos fundamentais, onde as liberdades individuais são harmonizadas com as responsabilidades coletivas.

Assim, verifica-se que o princípio da função social da propriedade também está intimamente ligado à instituição jurídica da usucapião, pois a lei reconhece a aquisição do direito à propriedade do ocupante da terra que cumpre todos os requisitos legais.

Do mesmo modo, a função social da propriedade também exige que a propriedade seja usada de uma maneira que beneficie a comunidade, promova a justiça social e garanta acesso equitativo a recursos como moradia.

Com isso, a usucapião é considerada um adequado meio legal que permite a regularização do direito de propriedade de indivíduos e famílias que ocuparam terras de boa-fé por um longo período. Esse instituto jurídico não apenas fornece segurança jurídica para aqueles em assentamentos informais, mas também se alinha com os objetivos constitucionais de reduzir as desigualdades sociais e promover o direito à moradia.

O presente trabalho destaca a importância da análise doutrinária e jurisprudencial do instituto da usucapião dos imóveis em loteamentos irregulares, pois sua aplicação prática demanda o entendimento e fundamentação de importantes princípios constitucionais.

O direito à propriedade, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana serão aprofundados, de forma a possibilitar a análise e entendimento da doutrina e jurisprudência que molda o cenário legal em torno da usucapião no Brasil. Com isso, esse estudo visa elucidar o papel da usucapião como um mecanismo para alcançar os princípios constitucionais de dignidade humana, justiça social, igualdade e direito à moradia.

1 O Direito à Propriedade na Constituição Federal Brasileira

O direito à propriedade é um princípio fundamental consagrado no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que visa tutelar a liberdade individual de possuir e usar a propriedade, bem como de servir aos interesses da sociedade como um todo na aplicação da sua função social.

Qualificada como um dos princípios gerais da atividade econômica no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a propriedade privada se destaca com fundamento em uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, de forma a assegurar a todos a existência de uma vida digna e justa.

Dessa forma, busca-se um equilíbrio entre propriedade privada e as responsabilidades sociais, garantindo que o uso da propriedade não contrarie o interesse público ou aumente as desigualdades sociais.

Como meio mais extremo de intervenção do Estado na propriedade, a Constituição apresenta no artigo 5, XXIV o instituto da desapropriação, que ocorrerá “por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (Brasil, 1988).

Esse instrumento jurídico constitucional representa a autoridade do Estado para regular a propriedade em alinhamento com os mandamentos constitucionais, garantindo que os direitos de propriedade privada sejam harmonizados com as necessidades coletivas (Silva, 2020).

Outro aspecto importante da propriedade na Constituição Federal, refere-se à regularização da posse da terra pela usucapião através da aquisição da propriedade, principalmente em imóveis irregulares e sem registro. Assim, a usucapião é utilizada como ferramenta utilizada para cumprir a função social da propriedade, abordando questões como ocupação do solo e planejamento urbano, ao considerar a posse e o uso de longo prazo (Gomes, 2019, p. 56-57).

Com isso, o direito à propriedade tem como imperativo constitucional a finalidade de servir a propósitos sociais, facilitando o acesso à moradia e promovendo a regularização urbana. Ademais, uma abordagem da Constituição Brasileira na função social da propriedade ressoa com os padrões internacionais de direitos humanos, como aqueles estabelecidos na Decla-

ração Universal dos Direitos Humanos, que também reconhece o direito à propriedade enquanto ele é equilibrado com o interesse público (ONU, 1948). Essa perspectiva internacional reforça a abordagem constitucional brasileira, situando os direitos de propriedade dentro de um contexto global de justiça socioeconômica.

2 A Propriedade como um Direito Fundamental

O direito à propriedade é reconhecido como um direito fundamental dentro da estrutura da Constituição Federal Brasileira, refletindo suas raízes profundas no contexto mais amplo dos direitos fundamentais.

Por definição, direitos fundamentais são aqueles próprios a todos os seres humanos, previstos na Constituição Federal, e que visam a proteção da igualdade, liberdade e dignidade das pessoas perante a lei. Esses direitos inalienáveis, universais e interconectados servem como fundamento das sociedades democráticas e das estruturas legais estabelecidas.

Para José Afonso da Silva (2000, p. 182-183), direitos fundamentais são prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo que garantem uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não se convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, em que direitos devem ser reconhecidos efetivados em relação a todos.

Ao longo do tempo, o conceito de direitos fundamentais evoluiu tradicionalmente categorizado em três gerações ou dimensões. A primeira geração (direitos negativos) surgiu das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX e inclui direitos civis e políticos, como o direito à vida, liberdade e propriedade. Esses direitos são caracterizados principalmente por seu foco na proteção de indivíduos contra interferência Estatal.

A segunda geração (direitos positivos) surgiu dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX, enfatizando a necessidade de intervenção estatal para garantir direitos sociais e econômicos, como os direitos à educação, saúde e trabalho. Esses direitos destacam o papel do Estado na criação de condições que permitam aos indivíduos viver com dignidade.

A terceira geração (direitos de solidariedade) reflete preocupações globais contemporâneas, incluindo o direito a um ambiente saudável, paz e desen-

volvimento sustentável. Esses direitos são coletivos por natureza e exigem a cooperação de todos os atores — Estado, sociedade e indivíduos — para serem realizados (Bonavides, 2018, p. 45-47).

Com isso, os direitos fundamentais possuem características específicas que os distinguem dentro do sistema jurídico legal. Eles são universais, aplicando-se a todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade, raça ou religião. São inalienáveis, de forma que os indivíduos não podem renunciar a esses direitos, pois são inerentes à dignidade humana. Além disso, os direitos fundamentais são indivisíveis, o que implica que a proteção de um direito não pode ocorrer às custas de outro. Por fim, esses direitos são interdependentes, pois a realização de um direito muitas vezes depende da realização de outros (Sarlet, 2018).

No Brasil, os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição Federal de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, devido à sua abordagem abrangente aos direitos humanos e à justiça social. A Constituição não apenas prevê expressamente esses direitos e garantias individuais e coletivos, mas também garante sua proteção e promoção por meio de vários mecanismos legais.

O direito à propriedade é expressamente garantido como um direito fundamental no Artigo 5º, XXII da Constituição Federal Brasileira (1988). No entanto, esse direito não é absoluto e está sujeito a limitações, de forma a cumprir a função social prevista no artigo 5º, XXIII da Constituição, para um efetivo equilíbrio entre os direitos de propriedade individuais com as necessidades coletivas da sociedade.

A função social da propriedade é considerada um aspecto crítico do direito fundamental à propriedade no Brasil, pois exige que o uso e a posse da propriedade contribuam para o bem-estar da comunidade e promovam a justiça social. Este princípio é particularmente relevante no contexto da propriedade da terra e do desenvolvimento urbano, onde questões como regularização fundiária e acesso à moradia são primordiais (Ferreira, 2021, p. 112-115).

O sistema jurídico brasileiro, portanto, reconhece o direito à propriedade não apenas como um meio de proteger a propriedade individual, mas como uma ferramenta para atingir objetivos sociais mais amplos. O papel do Estado na regulamentação da propriedade para garantir sua função social ressalta a

interconexão dos direitos fundamentais, onde as liberdades individuais são harmonizadas com as responsabilidades coletivas.

3 A Propriedade no Direito Brasileiro

A propriedade é um conceito jurídico fundamental qualificado no Código Civil e tutelado constitucionalmente, em que existe a relação jurídica entre um indivíduo e uma coisa (res) e, assim, garante-se ao proprietário os direitos de uso, gozo e disposição da propriedade, dentro dos limites estabelecidos em lei.

Quanto ao conceito de propriedade, Francisco Amaral (1998, p. 179) qualifica como um “instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo”. Portanto, seguindo o entendimento de Miguel Serpa Lopes (2001, p. 278), “a propriedade é uma relação de direito privado, por força da qual uma coisa, como pertinência de uma pessoa, fica completamente sujeita à vontade desta em tudo quanto não for vedado pelo Direito Público, ou pela concorrência do direito de outrem”.

Pela análise das características do direito de propriedade previstas no artigo 1.228 do Código Civil (2002), verifica-se uma divisão em quatro atributos primários: o direito de usar; o direito de desfrutar dos frutos ou benefícios da propriedade; o direito de dispor da propriedade, ou seja, vendendo, arrendando ou transferindo-a; e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Outra característica essencial do direito à propriedade no Brasil é sua natureza absoluta, exclusiva e perpétua (Gomes, 2012, p. 72). No entanto, esse absolutismo é atenuado pela função social da propriedade, que exige que o uso da propriedade contribua para o bem-estar social, prevenindo abusos que possam prejudicar os interesses coletivos, de forma que ocorra o equilíbrio entre direitos individuais e necessidades coletivas.

Com relação à aquisição da propriedade imobiliária no Brasil, o Código Civil Brasileiro (2002) apresenta diversos meios legais através de requisitos específicos, de forma que possam atender as necessidades da sociedade.

Um dos principais modos de aquisição de propriedade ocorre através registro do título translativo no Serviço Extrajudicial de Registro de Imóveis competente, pois o Sistema Jurídico Brasileiro exige a obrigatoriedade do

título causal e do registro do título para a efetiva constituição do direito real de propriedade, bem como para garantir a publicidade dos direitos de propriedade e fornecer segurança jurídica às transações imobiliárias. Nos termos do artigo 1.245 do Código Civil (2002): “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

Outra forma de aquisição da propriedade ocorre na aquisição por acessão, quando há a extensão da propriedade automática devido a acréscimos naturais ou artificiais, através da construção de edifícios ou a deposição natural de solo em uma margem de rio. Essa modalidade está qualificada no artigo 1.248 do Código Civil (2002), que apresenta as formas que podem ocorrer a acessão (por formação de ilhas; por aluvião; por avulsão; por abandono de álveo; e por plantações ou construções).

Qualificada também como uma importante forma de aquisição da propriedade, a herança se transfere, automaticamente no momento da morte do proprietário do imóvel (abertura da sucessão), aos herdeiros legítimos e testamentários, de acordo com o artigo 1.784 do Código Civil (2002). Esse processo é tutelado pelos princípios do direito sucessório, que asseguram a continuidade da propriedade dentro das famílias, sujeito às regras do Código Civil Brasileiro.

Por fim, como um dos meios de aquisição da propriedade mais complexos, porém muito importante para a sociedade, a usucapião permite que um indivíduo adquira a propriedade de uma propriedade por meio de posse contínua e ininterrupta por um determinado período, desde que condições legais específicas sejam atendidas, como a ausência de contestação legal pelo proprietário legítimo e a demonstração da intenção do possuidor de tratar a propriedade como sua. É uma ferramenta crítica para regularizar ocupações informais de terras e atender às necessidades de populações que vivem em empreendimentos habitacionais irregulares (Costa, 2017, p. 98-101).

3.1 A Função Social da Propriedade

O conceito de função social da propriedade é fundamentado no direito de propriedade brasileiro moderno, e representa uma mudança da compreensão tradicional e individualista dos direitos de propriedade para uma estrutura mais socialmente consciente que equilibra os interesses individuais com as necessidades coletivas.

No Sistema Jurídico Brasileiro, esse princípio está consagrado no Artigo 5º, XXIII da Constituição Federal Brasileira de 1988, de forma a refletir o compromisso mais amplo da ordem jurídica brasileira de garantir que os direitos de propriedade não sejam exercidos de forma prejudicial à sociedade, e contribuir para o bem-estar da comunidade, incluindo considerações de planejamento urbano, proteção ambiental e equidade social. Assim, a função social da propriedade serve como uma ferramenta crítica para promover a justiça social, o desenvolvimento sustentável e o acesso equitativo aos recursos.

Esse princípio é ratificado no artigo 170 da Constituição Federal (1988) que descreve os fundamentos da ordem econômica brasileira, pois enfatiza que as atividades econômicas, incluindo o uso e a exploração da propriedade, devem ser conduzidas de maneira a promover a justiça social e reduzir as desigualdades. Com isso, a função social da propriedade não é apenas um conceito teórico, mas uma obrigação prática que reflete em vários aspectos legais, políticos e sociais que envolvem o direito à propriedade.

Ao analisar sua aplicação prática, verifica-se que a função social da propriedade é operacionalizada pela lei e pela jurisprudência. O Código Civil Brasileiro (2002), por exemplo, exige que a propriedade seja usada de uma forma que beneficie não apenas o proprietário, mas também a sociedade em geral. Essa exigência impõe limitações ao exercício dos direitos de propriedade, particularmente em casos em que o uso da propriedade pode prejudicar interesses públicos ou contrariar objetivos de justiça social.

Um exemplo está expresso nos §§1º e 2º do artigo 1.228 do Código Civil (2002):

Art. 1.228. [...]

§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Com relação à jurisprudência, os tribunais estão desempenhando um papel importante na formação da aplicação da função social da propriedade

no Brasil, pois têm consistentemente mantido a noção de que os direitos de propriedade não são absolutos e devem ser conciliados com as necessidades da sociedade. Esse entendimento tem sido particularmente claro em casos envolvendo uso da terra e desenvolvimento urbano, onde os tribunais têm intervindo para garantir que a propriedade atenda a objetivos sociais e ambientais mais amplos (Moraes, 2018).

Outra importante aplicação legal do princípio da função social está no âmbito da regularização fundiária e do planejamento urbano. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001) potencializa a função social da propriedade urbana ao estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano sustentável e a regularização de assentamentos informais. Assim, esse estatuto estabelece diretrizes gerais da política urbana aos Municípios, de forma a fazer cumprir a função social da propriedade através da implementação de políticas que promovam a distribuição equitativa da terra, previnam a especulação imobiliária e garantam o acesso à moradia para todos os cidadãos.

Nesse mesmo contexto, verifica-se que o princípio da função social da propriedade também está intimamente ligado à instituição jurídica da usucapião. A usucapião permite que indivíduos que ocuparam terras ou propriedades por um período prolongado, sob certas condições, adquiram a propriedade, caso tenham cumprido dos requisitos exigidos pela lei. Esse mecanismo é particularmente relevante no contexto de empreendimentos habitacionais irregulares, onde o reconhecimento formal da propriedade por meio da usucapião serve como meio de cumprir a função social da propriedade (Ferreira, 2021, p. 104-107).

Assim, ao permitir a regularização de assentamentos informais e a integração de populações marginalizadas no sistema formal de propriedade, a usucapião incorpora a função social da propriedade na prática. Apresenta-se um caminho legal para indivíduos que usaram e cuidaram da terra, frequentemente em circunstâncias adversas, para garantir seus direitos e contribuir para as relações sociais e econômicas mais amplas da sociedade.

3.2 A Propriedade e a Dignidade da Pessoa Humana

A relação entre propriedade e a dignidade da pessoa humana é um aspecto fundamental da teoria jurídica e constitucional contemporânea, particularmente dentro do arcabouço jurídico brasileiro. O direito à propriedade, como

um direito fundamental, não é apenas uma questão de direito econômico ou legal, mas também um pilar essencial da dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como fundamento principal do ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Immanuel Kant (1990) define a dignidade humana ao ensinar que a pessoa humana detém o valor mais elevado no quadro jurídico, sendo considerada um fim em si mesma e não apenas um meio para atingir outros fins.

Segundo Kant (1990):

A própria humanidade é uma dignidade; pois o ser humano não pode ser empregado meramente como meio de outros seres humanos (nem de outros, nem até de si mesmo), mas deve, a todo tempo, simultaneamente, ser empregado como fim, e nisso consiste, precisamente, sua dignidade (a personalidade), por isso ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo, que não são seres humanos e, pois, podem ser empregados, portanto, a todas as coisas.

A análise do conceito de propriedade no contexto da dignidade humana ultrapassa a mera posse de bens materiais, pois está intrinsecamente ligado à capacidade do indivíduo de assegurar um padrão de vida decente, autonomia e capacidade de participar plenamente da sociedade. Nesse sentido, a propriedade é vista como um meio para um fim, ou seja, o fim sendo a realização da dignidade humana.

Assim, quando entendida como um direito fundamental, a propriedade é fundamental para garantir que os indivíduos tenham os meios necessários para sustentar a si mesmos e suas famílias, permitindo-lhes, assim, viver com dignidade. Esse entendimento se alinha com o compromisso constitucional mais amplo de promover a justiça social, reduzir as desigualdades e garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos recursos necessários para sua sobrevivência e desenvolvimento.

Com isso, verifica-se que essa relação está profundamente fundamentada no conceito do mínimo existencial (ou padrão existencial mínimo), que reflete a teoria de que os indivíduos devem ter acesso a certos direitos e recursos básicos para viver uma vida digna.

A teoria do mínimo existencial é uma doutrina jurídica crítica que reforça a conexão entre propriedade e dignidade humana. De acordo com essa teoria, o Estado tem a obrigação de garantir que todos os indivíduos tenham acesso aos recursos mínimos necessários para uma existência digna. Isso inclui não apenas o acesso às necessidades básicas, como alimentação, saúde e educação, mas também o direito à moradia e propriedade adequadas (Sarlet, 2018).

O mínimo existencial está intimamente relacionado ao conceito de direitos sociais, que estão consagrados na Constituição Brasileira como elementos essenciais da dignidade humana. O direito à propriedade, neste contexto, deve ser entendido como parte da ampla estrutura de direitos sociais que asseguram aos indivíduos a possibilidade de viver com dignidade. A incapacidade de garantir propriedade ou moradia adequada, portanto, constitui uma violação deste padrão existencial mínimo, minando a dignidade do indivíduo e as obrigações constitucionais do Estado.

Portanto, o direito à propriedade, não se qualifica apenas como um simples direito, mas uma condição fundamental para a realização da dignidade humana, pois permite que os indivíduos atendam às suas necessidades básicas, participem plenamente da sociedade e exerçam seus direitos e liberdades. Dessa forma, a propriedade serve como uma fundação para uma existência digna, garantindo que os indivíduos não sejam privados dos recursos necessários para viver com dignidade.

4 A Usucapião no Direito Brasileiro

A usucapião pode ser definida como uma forma de aquisição originária da propriedade e de alguns direitos reais (Loureiro, 2010, p. 1212), constituída pela posse prolongada, contínua e ininterrupta, desde que certos requisitos legais sejam atendidos (Gomes, 2012). A usucapião não se aplica somente aos bens imóveis, mas também aos móveis, porém este trabalho ficará restrito aos bens imóveis.

Não há na legislação a definição expressa do instituto da usucapião, mas tão somente conceitua o instituto como um modo de aquisição da propriedade e destaca os requisitos exigidos por lei para a sua constituição como, por exemplo, no art. 1.238 do Código Civil (2002):

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Este conceito tem raízes históricas profundas e desempenha um papel importante no sistema jurídico brasileiro, em que reflete a proteção dos direitos de propriedade quanto o cumprimento da justiça social e, o seu conhecimento, é essencial para entendermos o impacto no direito à propriedade e sua aplicação a questões como loteamentos irregulares de terras.

Historicamente a usucapião tem origem no Direito Romano, sendo chamado como *usucapio*, termo em latim que significa etimologicamente tomar ou adquirir pelo uso, e surge como uma necessidade da evolução da sociedade romana, principalmente com a finalidade de proteger a propriedade e impedir a desigualdade social. Assim, esse dispositivo legal era destinado a fornecer estabilidade nas relações de propriedade ao reconhecer a posse de fato como propriedade de jure após um certo período (Giorgi, 2015, p. 54-55).

Com isso, verifica-se a necessidade do instituto evoluir sempre junto às necessidades e à realidade da sociedade, de forma a proteger a propriedade do possuidor do bem que cumpre as normas legais e apresenta um aproveitamento ideal do bem perante a sociedade, consiste na origem do conceito de função social da propriedade (Nequete, 1954, p. 8).

No Brasil, o instituto da usucapião evoluiu para abordar questões contemporâneas de propriedade de terras e equidade social, de forma que, ao longo da história, foram necessárias adaptações para atender às necessidades de diferentes sociedades, refletindo mudanças nos cenários econômico, social e legal. Com isso, sua aplicação se expandiu para incluir não apenas terras rurais, mas também propriedades urbanas, tornando-a um instrumento importante na regularização de moradias informais e na integração de populações marginalizadas ao sistema formal de propriedade.

No Direito Brasileiro, a usucapião é codificada na Constituição Federal, no Código Civil e regulamentada por vários estatutos legais específicos. A

Constituição Federal a reconhece como um direito fundamental e também se destaca no contexto da reforma agrária urbana e rural. O Código Civil Brasileiro de 2002 descreve vários tipos de usucapião, incluindo usucapião ordinária, usucapião extraordinária e usucapião especial para propriedades rurais e urbanas (Brasil, 2002, art. 1.238-1.244). Cada tipo de usucapião tem requisitos distintos quanto à duração da posse, à natureza da relação do possuidor com a propriedade e à ausência ou presença de boa-fé ou título justo.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) e outras leis relacionadas especificam ainda mais as condições sob as quais a usucapião pode ser aplicada, particularmente em casos envolvendo assentamentos irregulares ou terras não registradas. Assim sendo, essas disposições legais destacam a importância da usucapião como um mecanismo para garantir a função social da propriedade e promover a justiça social.

Quanto a sua natureza jurídica, verifica-se amplo debate tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência. Para a doutrina majoritária (Gonçalves, 2019, p. 132-135), a usucapião é considerada um meio de aquisição originária de direitos de propriedade, ou seja, diferencia-se da aquisição derivada, onde a propriedade é transferida de uma parte para outra, pois a aquisição originária por meio da usucapião surge das ações do possuidor e do cumprimento de requisitos legais ao longo do tempo. Esse entendimento é fundamental para a compreensão da independência da aquisição da propriedade imobiliária através da usucapião, pois não depende de títulos legais anteriores ou do consentimento do proprietário anterior.

Outrossim, a jurisprudência brasileira também desempenha um papel importante na formação da aplicação da usucapião. Os tribunais têm consistentemente reconhecido a usucapião como um instrumento de justiça social, particularmente em casos envolvendo populações vulneráveis e ocupações irregulares de terras, em que decisões judiciais têm enfatizado a importância da usucapião na promoção da função social da propriedade, garantindo que os direitos à terra e à moradia sejam acessíveis àqueles que estabeleceram uma conexão legítima com a propriedade por meio da posse prolongada (Moraes, 2018).

Com relação aos fundamentos da usucapião, verifica-se a existência de uma dupla função: a) proteger os direitos do possuidor que estabeleceu vínculo de fato e efetivo com a propriedade. A usucapião é justificada quando o

possuidor agiu de maneira consistente com a propriedade, sob a suposição razoável de que ele tem o direito de possuir a propriedade; (Tepedino, 2017, p. 165-167). b) incentivar o uso produtivo da terra, garantindo que ela não fique ociosa. Essa perspectiva se alinha com o princípio da função social da propriedade, pois prioriza o uso produtivo da terra e a regularização dos direitos de propriedade sobre as formalidades de título e propriedade (Dias, 2018, p. 89-92).

Com isso, ao conferir a propriedade àqueles que ativamente possuem e usam a terra, a usucapião alinha-se ao princípio da função social da propriedade, que está consagrado na Constituição Federal Brasileira. Assim, o instituto da usucapião fundamenta-se na tutela constitucional ao direito à moradia como um direito social e contribui para o desenvolvimento da política urbana e rural de modo a valorizar a segurança jurídica e proteger aquele que utiliza o bem de forma adequada para a moradia e o sustento da família. Além disso, garante a estabilidade e segurança da propriedade, de forma a fixar um prazo em que não se pode mais levantar dúvidas ou contestações a respeito.

4.1 Requisitos Legais da Usucapião

Para o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião, a lei exige requisitos rígidos estabelecendo para cada modalidade legal o tempo de posse exigido, de forma que quanto maior for o tempo de posse exigido, menos requisitos complementares serão exigidos.

Dentre os requisitos exigidos pela lei, há aqueles que são indispensáveis para qualquer caso de usucapião. Esses requisitos genéricos serão divididos neste trabalho em três espécies: pessoais, reais e formais.

Os requisitos pessoais para usucapião se concentram na pessoa do possuidor usucapiente e do titular da coisa, ou seja, análise de sua capacidade e legitimidade. O possuidor deve agir em seu próprio nome e com a intenção de possuir a propriedade (*animus domini*). Isso significa que o possuidor deve ter uma intenção clara e inequívoca de tratar a propriedade como sua, em vez de apenas usá-la temporariamente ou em nome de outra parte (Gonçalves, 2019, p. 142-144).

Com relação aos requisitos reais, consideram-se aqueles relacionados aos bens e direitos passíveis da usucapião, ou seja, alguns tipos de bens e direitos são considerados pela legislação como imprescritíveis (não suscetíveis de

prescrição aquisitiva), como, por exemplo, a proibição da usucapião de bens públicos na Constituição Federal (1988) no §3º do artigo 183 e parágrafo único do artigo 191.

Quanto aos requisitos formais, há uma subdivisão em gerais e específicos, em que os requisitos formais gerais representam a posse e o lapso temporal exigido e os requisitos formais específicos destacam o justo título e a boa-fé.

Para Isabel Ferreira Geraldês e Olga Maria Gomes (2017, p. 13), “a posse envolve o corpus, que consiste no domínio de facto sobre a coisa; e o animus, que consiste na intenção jurídico real de exercer sobre a coisa como seu titular, o direito real correspondente aquele domínio de facto”.

De acordo com o art. 1.196 do Código Civil Brasileiro de 2002, possuidor é “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, ou seja, usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la. Portanto, o possuidor é o indivíduo que, mesmo não sendo o proprietário, aparenta sê-lo, identificando, assim, o domínio de fato.

A posse é um conceito fundamental subjacente à usucapião, que exige uma posse qualificada e definida como posse *ad usucapionem*, ou seja, a lei não permite que qualquer posse seja suficiente para a aquisição do domínio pela usucapião e, por isso, exige uma posse mansa (não sofreu oposição), pacífica (adquirida sem violência), contínua (ininterrupta) e com a intenção de ser dono (*animus domini*) (Pereira, 2003, p. 140). De acordo com Maria Helena Diniz (2014, p. 177), outro requisito importante para a qualificação da posse *ad usucapionem* é que ela seja justa, pois visa evitar a violência, a clandestinidade e a precariedade.

4.2 Modalidades da Usucapião no Direito Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, na Constituição Federal, no Código Civil e em outras legislações especiais, diversas modalidades que adéquam o instituto da usucapião a uma determinada realidade e particularidade e, com isso, exigem, a comprovação do exercício da posse “*ad usucapionem*” de um direito real imobiliário em um determinado lapso de tempo e o cumprimento de requisitos obrigatórios específicos para a conversão da posse em propriedade.

No presente trabalho, apresenta-se as modalidades da usucapião de direitos reais imobiliários no direito brasileiro em de sete modalidades: a) usuca-

pião extraordinária; b) usucapião ordinária; c) usucapião especial urbana; d) usucapião especial urbana coletiva; e) usucapião especial rural; f) usucapião indígena; e g) usucapião familiar.

Qualificada no artigo 1.238 do Código Civil (2002), a usucapião extraordinária é a modalidade que demanda maior lapso temporal, porém menos requisitos específicos, sendo irrelevante a área do imóvel, a existência de título aquisitivo, moradia, má-fé e que o imóvel objeto da usucapião seja o único bem do possuidor, pois estes são supridos pelo maior decurso do tempo (inércia do antigo proprietário) e comprovação de sua posse qualificada (*ad usucapionem*).

Ao qualificar no caput a sua forma tradicional e no parágrafo único a reduzida, dispõe o dispositivo legal (Brasil, 2002) que:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Na usucapião ordinária, a lei exige para a aquisição da propriedade de imóvel (rural ou urbano) a posse *ad usucapionem* e um prazo de dez anos que pode ser reduzido para cinco, isto é, um prazo menor do que o exigido na usucapião extraordinária, pois se solicita do possuidor como requisitos específicos suplementares, nesta modalidade, o justo título e a boa-fé (Couto, 2018, p. 80). Essa modalidade está prevista no artigo 1.242 do Código Civil (2002) que dispõem que:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Prevista no art. 183 da Constituição Federal (1988), a **usucapião especial urbana individual**, também conhecida por usucapião constitucional urbana ou usucapião *pro misero*, reproduziu, integralmente, o dispositivo constitucional no art. 1.240 do Código Civil (2002) e no art. 9º da Lei nº 10.257/2001, em que dispõe:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

De acordo com os dispositivos legais supracitados, os requisitos para aquisição pela usucapião especial urbana individual, além do requisito geral posse *ad usucapionem* (ininterrupta, pacífica e com *animus domini*), são exigidos também o prazo de cinco anos, a moradia do usucapiente ou da sua família, a área urbana máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados e não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural ou ter sido beneficiado anteriormente do respectivo direito (reconhecimento da usucapião por outra posse). Justo título e boa-fé serão irrelevantes.

Quanto a **usucapião urbana coletiva**, encontra-se qualificada no artigo 10 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), e destaca que:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Assim sendo, o legislador estabeleceu não somente uma modalidade de aquisição da propriedade coletiva, mas também uma forma de regularização fundiária e ordenação urbana que visa garantir o direito de moradia de populações carentes, o que corrobora a função social da propriedade e da cidade ao permitir o reconhecimento da propriedade de terrenos privados abandonados.

Outra importante modalidade é a **usucapião especial rural**, também conhecida como usucapião *pro labore*, encontra-se prevista no art. 191 da Constituição Federal (1988) que foi reproduzido no art. 1.239 do Código Civil (2002), que dispõem:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Os requisitos legais exigidos nesta modalidade são: não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano; posse (ininterrupta e sem oposição) de cinco anos; terreno rural não superior a cinquenta hectares; ocupação produtiva pelo seu trabalho ou por sua família e moradia.

Com relação a modalidade **usucapião indígena**, verifica-se sua previsão no art. 33 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), dispondo que:

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

Assim, os requisitos legais exigidos para esta modalidade são: usucapiente índio, integrado ou não à sociedade; posse *ad usucapionem*; imóvel com área menor de cinquenta hectares; prazo prescricional de dez anos.

Por último, a modalidade **usucapião familiar**, também conhecida como usucapião especial urbana por abandono de lar ou usucapião especial urbana em favor de cônjuge ou companheiro separado que permanece no imóvel, está prevista no artigo 1.240 do Código Civil (2022) e disciplinada no art. 9º da Lei nº 12.424/2011, dispondo que:

Art. 9º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.240-A:

“Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Assim sendo, são requisitos legais para aquisição da propriedade pela usucapião nessa última modalidade: posse ininterrupta, mansa, pacífica e sem oposição no prazo de dois anos; imóvel urbano de até 250m²; imóvel dividido com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar de forma voluntária e injustificada, independentemente de culpa; utilização para sua moradia ou de sua família; não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; e não ter adquirido anteriormente a propriedade por usucapião na mesma modalidade em outro imóvel.

Portanto, cada uma dessas modalidades reflete a diversidade de contextos nos quais a usucapião pode ser aplicada, abordando questões de urbaniza-

ção, reforma agrária e justiça social. O objetivo subjacente é garantir que a propriedade cumpra sua função social, fornecendo segurança e estabilidade para aqueles que estabeleceram um relacionamento legítimo e de longo prazo com a terra.

As diversas modalidades de usucapião na lei brasileira refletem seu papel fundamental na promoção da justiça social, regularização fundiária e função social da propriedade. A doutrina jurídica e a jurisprudência demonstram um papel importante na flexibilidade e adaptabilidade da usucapião como uma ferramenta para abordar as realidades complexas da propriedade e do uso da terra.

Com isso, verifica-se o aumento da eficácia da usucapião em garantir que os direitos de propriedade contribuam para o bem comum, de forma a reduzir as disparidades sociais e econômicas e facilitar a integração de populações marginalizadas no sistema formal de propriedade. Por meio de debates doutrinários contínuos e inovações jurisprudenciais, a usucapião continua a evoluir, reafirmando sua importância como fundamento do direito de propriedade brasileiro e como um instrumento vital para atingir os princípios constitucionais de justiça social, a função social da propriedade e a preservação da dignidade da pessoa humana.

5 A Usucapião de Imóveis em Loteamentos Irregulares: Uma Análise Doutrinária e Jurisprudencial

Através de uma análise prática da usucapião imobiliária no Direito brasileiro, constata-se uma grande problemática, a controvérsia sobre a possibilidade do reconhecimento e registro da usucapião de imóvel qualificado como loteamento irregular, ou seja, aquele que não se encontra legalizado e aprovado pelo Município de acordo com normas urbanísticas na esfera administrativa.

As subdivisões irregulares apresentam desafios legais únicos, pois muitos casos envolvem terras que foram subdivididas e ocupadas sem aprovação legal ou registro adequado. Essas áreas podem não ter infraestrutura formal, autorização municipal e reconhecimento legal, deixando os ocupantes em uma posição precária em relação ao direito à propriedade.

Da mesma forma, no mesmo contexto de loteamentos irregulares, surgem condomínios de fato e edifícios de condomínio não regularizados, que

ocorrem quando vários indivíduos ou famílias ocupam e desenvolvem terras coletivamente sem estruturas legais formais, regularização e registro.

Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sua doutrina e jurisprudência, têm reconhecido a importância da usucapião como importante meio legal que viabiliza o reconhecimento da propriedade para os possuidores de terra que cumpriram todos os requisitos exigidos pela lei, de forma a regularizar a propriedade em consonância com os princípios constitucionais da função social da propriedade, do direito à moradia e à busca por justiça social, bem como enfrentar as realidades da urbanização e da desigualdade social, cumprindo assim objetivos constitucionais mais amplos.

Para José Afonso da Silva (2018), grande estudioso constitucional, a função social da propriedade justifica a aplicação da usucapião em contextos irregulares. A propriedade deve servir ao bem coletivo e, quando a terra é ocupada e usada efetivamente para moradia, a falta de estruturas legais formais não deve impedir a aquisição de propriedade por meio da usucapião.

Da mesma forma, ao demonstrar a importância do mandato constitucional em promover a inclusão social e o desenvolvimento urbano, Marcus Vinícius Ferreira (2021, p. 140-148) destaca o papel da usucapião na promoção da justiça social e na regularização dos direitos de propriedade em áreas urbanas, em que permite a integração de assentamentos informais ao sistema formal de propriedade, garantindo que os ocupantes que estabeleceram um relacionamento legítimo e de longo prazo com a terra possam garantir o título legal.

Especificamente sobre a aplicação da usucapião em loteamentos não registrados, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 132-135) defende sua aplicabilidade, pois quando um possuidor atende a todos os requisitos legais da usucapião, a ausência de registro formal não deve ser uma barreira à propriedade. Assim, a usucapião caracteriza-se como uma ferramenta necessária para garantir que os direitos de propriedade reflitam o uso e a ocupação reais da terra, particularmente em ambientes urbanos onde empreendimentos informais são comuns.

Em uma análise da jurisprudência majoritária do Estado do Rio de Janeiro sobre a usucapião em imóveis irregulares, destaca-se o reconhecimento da usucapião de um imóvel em condomínio de fato no Agravo de Instrumento nº 0066470-28.2011.8.19.0000 da Primeira Câmara Cível, em que o Tribunal

entendeu que “não há proibição de que se reconheça a propriedade individualizada de um dos condôminos”.

Do mesmo modo, outra decisão do mesmo Tribunal (Agravado de Instrumento nº 00529147.2016.8.19.0205 da Terceira Câmara Cível), reconheceu a usucapião em imóvel sem registro no Registro de Imóveis competente, localizado em loteamento irregular, pois a decisão ressaltou que a ausência de registro imobiliário do imóvel não pode ser um impeditivo para a pretensão de usucapir o bem, tendo em vista que a regularidade registral não é requisito legal para o deferimento do pleito, bem como destacou a negação do direito dificultaria a utilização do instituto da usucapião, que tem por objetivo justamente o atendimento à função social da propriedade.

Em uma análise prática da usucapião extrajudicial nos Registros de Imóveis localizados no Município do Rio de Janeiro, essa problemática tem suscitado dúvida dos Oficiais Registradores, que apresentam nota devolutiva de impedimento do registro da usucapião em loteamentos irregulares aos interessados no procedimento registral, que ao discordarem, solicitam a suscitação da dúvida registral ao Oficial do Serviço Registral de Imóveis competente que remete à Vara de Registros Públicos do Rio de Janeiro, para, através de um procedimento de jurisdição voluntária de natureza administrativa, realizar a análise jurídica registral dos elementos apresentados na nota devolutiva.

Com isso, a Vara de Registros Públicos e o Conselho da Magistratura do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro estão alinhados no entendimento de reconhecer o registro no Registro de Imóveis competente da usucapião extrajudicial em imóveis irregulares. No processo de dúvida registral nº 0161792-57.2020.8.19.0001, julgou-se a improcedência da dúvida do Oficial registrador, de forma a permitir o registro da usucapião extrajudicial em um imóvel localizado terreno caracterizado por um condomínio de fato pendente de regularização, destacando que “o rigorismo formal imporia a espera de relevante lapso temporal para declaração de um direito eventualmente já consolidado, configurando medida ineficiente e ineficaz e verdadeira afronta os ditames da justiça”.

Outra importante decisão, qualificou-se no processo nº 0180608-19.2022.8.19.0001 do mesmo Tribunal, em que foi negado inicialmente o registro da usucapião extrajudicial, pelo Oficial Registrador, pois entendeu ser necessário o registro prévio do condomínio edilício, a fim de que seja

viável o registro da usucapião sobre unidade autônoma do condomínio de fato existente. Na análise da dúvida registral o Tribunal entendeu que não pode obstar o registro da usucapião extrajudicial em um imóvel com condomínio de fato pendente de regularização, pois trata-se de forma de aquisição originária da propriedade.

Quanto a jurisprudência majoritária do TJSP, verifica-se também o reconhecimento da ação de usucapião de imóveis inseridos em loteamentos irregulares, destacando-se, por exemplo, os seguintes julgados:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA Imóvel usucapiendo localizado em área de loteamento clandestino. Irrelevância. Modo originário de aquisição de propriedade. Ação que é proposta pelo possuidor e não pelo loteador clandestino. Precedentes. Prescrição aquisitiva comprovada. Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível nº 1005594-72.2016.8.26.0048, Rel. Des. ALCIDES LEOPOLDO, 4ª Câmara de Direito Privado, DJe. 20/1/2020) ;

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA - Procedência, com declaração do domínio - Insurgência do Ministério Público - Descabimento - Área usucapienda localizada em loteamento irregular - Possibilidade de reconhecimento da usucapião a favor do autor, independentemente da regularização do loteamento - Precedentes deste Tribunal - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO (TJSP, Apelação Cível nº 1007274-68.2018.8.26.0292, Rel. Des. MIGUEL BRANDI, 7ª Câmara de Direito Privado, DJe 12/12/2019);

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. Procedência. Atendimento do lapso temporal previsto no artigo 1.238 do Código Civil. Posse dos autores (que, somada a dos antecessores, é exercida há mais de 39 anos) - remonta ao ano de 1979) leva à prescrição aquisitiva Recurso interposto pelo Ministério Público que não comporta acolhida. A circunstância de o imóvel encontrar-se em loteamento clandestino ou não regularizado não impede o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Precedentes, inclusive desta Câmara, envolvendo imóveis situados no mesmo Distrito - Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP Apelação Cível nº 1000753-21.2018.8.26.0450, Des. SALLES ROSSI. 8ª Câmara de Direito Privado. DJe 28/11/2019

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 422.349/RS, a Corte assinalou que a lei não pode estabelecer requisitos diversos daqueles previstos no art. 183 da CF, para o reconhecimento da usucapião especial urbana, de forma a admitir a declaração de usucapião de área não regularizada, bem como não pode ser obstado por legislação infraconstitucional.

Outra importante decisão do STJ foi o Recurso Especial nº 1.667.843/SC, em que consolidou o entendimento de que o reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal. A Corte destacou que os requisitos para a usucapião extraordinária estão previstos em legislação federal, mais especificamente no Código Civil, que determina as condições para a aquisição da propriedade por meio desse instituto.

Dessa forma, essa decisão ressalta o caráter originário da usucapião e reafirma o princípio de que os requisitos urbanísticos e administrativos previstos em leis locais, como os parâmetros de parcelamento do solo, não devem se sobrepor à legislação federal que disciplina a aquisição da propriedade por usucapião.

Com relação a usucapião de imóveis de loteamentos irregulares, destaca-se no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o Tema nº 1025 estabelecido no Julgamento do Recurso Especial n.º 1818564/DF pela Segunda Câmara, pois representa uma importante decisão na evolução da jurisprudência brasileira sobre usucapião, particularmente no impacto da aquisição da propriedade pela usucapião em parcelamentos irregulares e seu alinhamento com os objetivos mais amplos de justiça social e da função social da propriedade.

Neste caso, a Segunda Câmara do STJ manteve a validade da usucapião como um mecanismo para regularizar direitos de propriedade em um loteamento irregular, pois entendeu que o possuidor poderia adquirir a propriedade legal de uma propriedade dentro de uma área não registrada e irregularmente desenvolvida por meio da usucapião, apesar da falta de estruturas legais formais e autorização municipal.

Assim, o Tribunal enfatizou que a função social da propriedade, consagrada na Constituição Federal Brasileira (1988), exige que os direitos de propriedade sejam exercidos de uma maneira que beneficie a comunidade mais ampla e apoie a justiça social e, com isso, a ausência de registro formal ou aprovação municipal não deve impedir o reconhecimento da usucapião, particularmente quando a posse é de longa data, pacífica e incontestada.

Portanto, o Tema nº 1025 do Superior Tribunal de Justiça, estabelecido por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1818564/DF, representa um marco

na evolução do direito de propriedade brasileiro, de forma a articular que a função social da propriedade deve ser considerada primordial em disputas envolvendo usucapião em subdivisões irregulares, pois negar a usucapião em tais contextos, perpetuaria a exclusão social e prejudicaria o direito constitucional à moradia, particularmente para populações vulneráveis que dependem de assentamentos informais para sua subsistência. Dessa forma, esse entendimento se alinha perfeitamente aos princípios constitucionais de dignidade humana, justiça social, igualdade e direito à moradia.

Conclusão

O direito à propriedade é um princípio fundamental protegido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 que tem como imperativo constitucional o objetivo de atender a propósitos sociais, de forma a facilitar o acesso à moradia, bem como tutelar a liberdade individual de possuir e usar a propriedade na medida de sua função social.

Com isso, o direito à propriedade não é apenas reconhecido como um meio de proteger e reconhecer a propriedade individual, mas sim uma efetiva ferramenta jurídica que tem objetivos sociais mais amplos. O Estado atua para que as proteções das liberdades individuais sejam harmonizadas com as responsabilidades coletivas para o cumprimento da função social da propriedade.

Qualificado como um dos meios de aquisição da propriedade mais complexos do direito brasileiro, a usucapião permite que um indivíduo adquira a propriedade por meio de posse qualificada, desde que todos os requisitos legais sejam atendidos.

No entanto, a análise do direito à propriedade adquirido através do instituto da usucapião está ligada diretamente ao entendimento da aplicabilidade do princípio da função social da propriedade, bem como ao princípio da dignidade humana. O primeiro apresenta-se como um caminho legal para os indivíduos que usam e cuidam da terra, frequentemente em circunstâncias adversas, para garantir seus direitos e contribuir para as relações sociais e econômicas mais amplas da sociedade. O segundo está ligado a existência de um mínimo existencial relacionado ao conceito de direitos sociais consagrados na Constituição Brasileira como elemento essencial da dignidade

humana, pois garante uma existência digna através de direitos e liberdades, de forma que permita a participação plena na sociedade.

Sendo uma grande controvérsia no Direito Brasileiro, a possibilidade do reconhecimento e registro da usucapião de imóvel localizado em loteamento irregular torna-se um grande desafio para a aplicação prática nos tribunais brasileiros, pois tratam-se de áreas que podem não ter infraestrutura formal, autorização municipal e reconhecimento legal, deixando os ocupantes em uma posição precária em relação ao direito à propriedade. Nessa mesma linha de irregularidade formal do imóvel, surgem casos de condomínios de fato e edifícios de condomínio não regularizados, que ocorrem quando vários indivíduos ou famílias ocupam e desenvolvem terras coletivamente sem estruturas legais formais, regularização e registro.

Assim, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro que a doutrina e a jurisprudência têm admitido a importância da usucapião como importante instrumento jurídico que viabiliza o reconhecimento da propriedade para os possuidores de terra que cumpriram todos os requisitos exigidos pela lei, de forma a regularizar a propriedade em consonância com os princípios constitucionais da função social da propriedade, do direito à moradia e à busca por justiça social, bem como enfrentar as realidades da urbanização e da desigualdade social, cumprindo assim objetivos constitucionais mais amplos.

Deste modo, esse entendimento foi ratificado pelo Tema nº 1025 do Superior Tribunal de Justiça, estabelecido por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1818564/DF, considerado uma referência na evolução do direito de propriedade brasileiro, alinhado aos princípios constitucionais de dignidade humana, justiça social, igualdade e direito à moradia, pois concluiu que a função social da propriedade deve ser considerada primordial em disputas envolvendo usucapião em loteamentos irregulares, pois a negação do direito à aquisição da propriedade através da usucapião, perpetuaria a exclusão social e prejudicaria o direito constitucional à moradia aos mais vulneráveis que dependem de assentamentos informais para sua subsistência.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. 869 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=L6001&text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio. Acesso em: 30 ago. 2024

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade - Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm#:~:text=LEI%20No%2010.257%2C%20DE%2010%20DE%20JULHO%20DE%202001.&text=Regulamenta%20os%20arts.%20182%20e,urbana%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art.,aplicado%20o%20previsto%20nesta%20Lei. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 422.349/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de abril de 2015. Disponível em: <https://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379.
Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema Repetitivo nº 1025.**

Relator: Min. Moura Ribeiro, 03 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1025&cod_tema_final=1025. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 1.667.843/SC.**

Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 03 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700991860&dt_publicacao=05/04/2021. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 1.818.564/SP.**

Relator: Min. Francisco Falcão, 03 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=144564865&num_registro=202100058027&data=20220209&tipo=0. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Primeira Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0066470-28.2011.8.19.0000.** Relatora: Min. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, 13 de junho de 2012. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00037231309EC95A284F8D286A02C82AF01295C403290957>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Décima Terceira Câmara Cível. **Apelação Cível nº 00529147.2016.8.19.0205.** Relatora: Des. Sirley Abreu Biondi, 07 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000484BF56C81D72892FAECC2AA959946D74C51304550154>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Vara de Registros Públicos. **Dúvida Registral nº 0161792-57.2020.8.19.0001.**

Juiz: Alessandro Oliveira Felix, 24 de julho de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00042914954F50E3A7477A583268D974C588C51464455349>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Vara de Registros Públicos. **Dúvida Registral nº 0180608-19.2022.8.19.0001**. Juiz: Alessandro Oliveira Felix, 12 de julho de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00042D84A155A069CDA03F3B258BDFCF57D2C5145C4A0A14>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1005594-72.2016.8.26.0048**. Relator: Des. Alcides Leopoldo, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nu-Processo=1005594-72.2016.8.26.0048&cdProcesso=RI005GQ480000&cd-Foro=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&instanciaProcesso=SG&cdServico=190201&ticket=rvVOcSEefMvl6IULA5v1ZTbDmGL-f%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJik%2FxyfwVFR-OLKFGowFizauOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhS-Sa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xllxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCf-ZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4LWf0lgJ5KvdiRmS8I88YzUgGjXB-WOcKra1PGlypZB9oTh9iQscDPddDS2TXZNz5czLm72Pep3dAK0DgAz9r-GVLNHMpEJaJHRIQYETkAbmTR6CDVwtspJ%2FFaedoWNQ46OXGwW-VTcldtlve4B5gKCXsyO8NEv02YU390P%2FCE1ANxsGlyteB7ZrWfoLQi76F-1zLuOlqrAqal4Vc3RZpGMtrCjBemoistmCgMKc2OPQKMYB>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1007274-68.2018.8.26.0292**. Relator: Des. Miguel Brandi, 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nu-Processo=1007274-68.2018.8.26.0292&cdProcesso=RI005A7470000&cd-Foro=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&instanciaProcesso=SG&cdServico=190201&ticket=rvVOcSEefMvl6IULA5v1ZTbDmGL-f%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJPN8jzTpPqkt-z3nP17XbqyOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhS-Sa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xllxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCf-ZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4LWf0lgJ5KvdiRmS8I88YzUgGjXB-WOcKra1PGlypZB9oTh9iQscDPddDS2TXZNz5czLm72Pep3dAK0DgAz9r-GVLNHMpEJaJHRIQYETkAbmTR6CDVwtspJ%2FFaedoWNQ46OXGwWVT-cldtlve4B5gKCXsx5n%2Bb7EJjkpAV9p4kl5HN39KZcUPfvpypCGNWBomb4-PFhgr2dxGO4H51ppdjK9%2BfrC2pWVuV3fH1HRNXyUqAkz>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1000753-21.2018.8.26.0450**. Relator: Des. Salles Rossi, 28 de novembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=-1000753-21.2018.8.26.0450&cdProcesso=RI005A4JX0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&instanciaProcesso=SG&cdServico=190201&ticket=rvVocSEefMvI6IULA5v1ZTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJ1SRJNq67d9sHybSPNdfGOuOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKV-ZgUo3VY5mVJXav8I0xIlnxkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xi-J8ObWrkC7Di%2Bz4LWf0lgJ5KvdiRmS8I88YzUgGjXBWocKra1PGlypZ-B9oTh9iQscDPddDS2TXZNz5czLm72Pep3dAK0DgAz9rGVLNHMPeZaJHRi-QYETkAbmTR6CDVwtspJ%2FFaedoWNQ46OXGwWVTcldtlve4B5gKCXsyr-X%2BzKfvS76mVMu4LpJPPT%2F8WZ6lLkA%2FagfSpGqCmYZ4aLd87KCQ-VUluUUBqwKQ5WRZTx9qiwUwTka7f%2BK92gY>. Acesso em: 7 set. 2024.

COSTA, Eduardo. **Usucapião no Direito Brasileiro: Teoria e Prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 256 p.

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião Extrajudicial: doutrina e jurisprudência**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. 608 p.

DIAS, José de Aguiar. **Da Posse e das Ações Possessórias**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 320 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 674 p.

FERREIRA, Marcus Vinícius. **Função Social da Propriedade: Teoria e Prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 296 p.

GERALDES, Isabel Ferreira Quelhas; GOMES, Olga Maria Barreto. **Justificação relativa ao trato sucessivo: escritura de justificação, processo de justificação registal**. Coimbra: Almedina, 2017. 204 p.

GIORGI, Gabriel. **A Usucapião no Direito Romano e a Sua Evolução no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 232 p.

GOMES, João. **Usucapião e Regularização Fundiária: Aspectos Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 462 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direitos Reais**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 518 p.

KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Hamburg: Meiner, 1990, Teil 2, Rdnr. 462, S. 110

LOPES, Miguel Maria da Serpa. **Curso de Direito Civil – V. I.** 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2001. 9 v.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Do Direito das Coisas: Arts. 1.196 a 1.510. In Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002 contém o Código Civil de 1916**. Min.Cezar Peluso, (coord.). 4.^a ed. rev. e atual. Barueri: Ed. Manole, 2010

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 988 p

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva: usucapião**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sulina, 1954. 216 p.

NETO, Francisco Amaral. **Direito Civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 627 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 ago. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 400 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 876 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 936 p.

SILVA, Maria Helena. **Direito Constitucional Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020. 203 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. 384

DIREITOS HUMANOS, POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E EDUCAÇÃO: PRÁTICAS NO IFRS

Andréa Poletto Sonza¹

Greicimara Vogt Ferrari²

Lauren de Lacerda Nunes³

Inajara Piedade da Silva⁴

Alba Cristina Couto dos Santos Salatino⁵

Resumo

A educação, em especial as ações afirmativas que pautam a universalização deste direito humano, no Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS), é o mote do presente artigo. No IFRS as práticas relacionadas à inclusão são coordenadas pela Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade e, nos *campi*, as ações são organizadas a partir dos Núcleos de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas. A legislação é clara ao estabelecer o direito à educação para pessoas com necessidades específicas, no entanto, ainda existem desafios, pontuados neste espaço, para a plena materialização da inclusão nas instituições de ensino. A igualdade de gênero é concebida como fundamental para consolidação dos direitos humanos, contudo essa questão ainda é díspar. Assim, no contexto do IFRS, busca-se garantir espaços igualitários, por meio de Instruções Normativas, dos trabalhos realizados no contexto dos Núcleos de Estudos e Pesquisas em Gênero e Sexualidade e da Política de Prevenção e Combate ao Assédio. A equidade e o combate ao racismo são outros tópicos importantes elencados no ordenamento jurídico nacional e internacional, que ainda precisam ser amplamente debatidos no contexto educacional, para que

1 Professora e Assessora de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade do IFRS - andrea.sonza@ifrs.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3125832905320322>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0033-4409>.

2 Pedagoga da Pró-reitoria de Ensino- Assessoria de ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade - greicimara.ferrari@ifrs.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5281739102054915>.

3 Professora da Unipampa em colaboração técnica com o IFRS. Assessora de Gênero e Sexualidade do IFRS - lauren.nunes@ifrs.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4358910526888940>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7429-393X>.

4 Professora do IFRS campus Viamão - inajara.piedade@viamao.ifrs.edu.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5520522782175997>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1778-7378>.

5 Técnica em Assuntos Educacionais e Assessora de Relações Étnico-raciais do IFRS - alba.salatino@ifrs.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0200151757362632>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8973-9623>.

avanços possam ser consolidados. No IFRS essa abordagem ocorre especialmente por meio da Assessoria de Ações Étnico Raciais e dos Núcleos de Estudos Afro-Brasileiros e Indígenas; nessas esferas principalmente ocorre o acolhimento, mobilização, reivindicação de direitos, a fim de potencializar a educação das e para relações étnico-raciais e desnaturalização do racismo institucional. Desta forma, o IFRS tem como compromisso a defesa dos direitos humanos e, por meio de ações relacionadas à inclusão de pessoas com necessidades educacionais específicas, valorização étnico-racial e das diversidades de orientação sexual e identidade de gênero, desenvolve ações e implementa sua política de ações afirmativas.

Palavras-chave: Direitos humanos; Ações Afirmativas; Inclusão; Gênero; Relações Étnico-Raciais.

Abstract

Education, especially affirmative actions that guide the universalization of this human right, at the Federal Institute of Rio Grande do Sul (IFRS), is the motto of this article. In IFRS, practices related to inclusion are coordinated by the Affirmative, Inclusive and Diversity Actions Advisory and, on campuses, actions are organized through the Service Centers for People with Specific Educational Needs. The legislation is clear in establishing the right to education for people with specific needs, however, there are still challenges, highlighted in this space, for the full materialization of inclusion in educational institutions. Gender equality is conceived as fundamental for the consolidation of human rights, however this issue is still disparate. Thus, in the context of IFRS, the aim is to guarantee egalitarian spaces, through Normative Instructions, for the work carried out in the context of the Centers for Studies and Research in Gender and Sexuality and the Policy for Preventing and Combating Harassment. Equity and the fight against racism are other important topics listed in the national and international legal system, which still need to be widely debated in the educational context, so that advances can be consolidated. In IFRS, this approach occurs especially through the Ethnic Racial Actions Advisory and the Afro-Brazilian and Indigenous Studies Centers; In these spheres, reception, mobilization and demands for rights mainly occur, in order to enhance education of and for ethnic-racial relations and denaturalization of institutional racism. In this way, IFRS is committed to defending human rights and, through actions related to the inclusion of people with specific educational needs, ethnic-racial appreciation and diversity of sexual orientation and gender identity, develops actions and implements its policy of affirmative actions.

Keywords: Human rights; Affirmative Actions; Inclusion; Gender; Ethnic-Racial Relations.

Introdução

Proclamada em 10 de dezembro de 1948, em Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Preâmbulo já sinaliza a educação como um dos principais meios para a materialização de seus trinta artigos, que, em seu cerne, pautam a garantia de direitos fundamentais da dignidade humana na forma da lei, destacando, após seus considerandos:

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do **ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos**, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. ONU (1948, p. 1, grifos nossos)

Observa-se, pelo teor do texto, que a educação é primordial em todos os povos e diferentes culturas, inclusive para assegurar o cumprimento da própria Declaração. No Brasil a educação também é pautada em sua Carta Magna, a Constituição de 1988, ao destacar os direitos sociais, referindo, em seu artigo 6º 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.” (Brasil, 1988, p. 6, grifo nosso), podendo-se compreender a educação como princípio básico para todos brasileiros.

Nesta égide, sendo a educação um direito fundamental humano, o presente artigo aborda práticas desenvolvidas em uma instituição de ensino pautada pelos princípios dos Direitos Humanos - o Instituto Federal de Educação do Rio Grande do Sul (IFRS). No IFRS as Ações Afirmativas podem ser consideradas um dos vieses para a consolidação dos direitos universais.

1 As Ações Afirmativas no IFRS

De acordo com IFRS (2024) a Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade é o órgão responsável pelo planejamento e coordenação das ações relacionadas à política de inclusão da instituição. A Assessoria foi institucionalizada pela Reitoria do IFRS, a partir da Portaria do Diário Oficial da União (DOU) nº 51 de 27 de fevereiro de 2012, primeiramente denominada “Assessoria de Ações Inclusivas”. Posteriormente, a Resolução Consup IFRS nº 67, de 11 de dezembro de 2018, aprovou a alteração da nomenclatura “Assessoria de Ações Inclusivas” para “Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade” no Regimento da Reitoria do IFRS. A partir da assessoria são desencadeadas as ações afirmativas nos 17 *campi* do IFRS.

O trabalho na Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade é voltado para a promoção de uma cultura de educação para convivência, defesa dos direitos humanos, respeito às diferenças, inclusão, permanência e saída exitosa de pessoas com necessidades educacionais específicas para o mundo do trabalho, a valorização da identidade étnico-racial, a inclusão da população negra e da comunidade indígena, em todos os setores, o combate à homofobia, buscando a remoção de todos os tipos de barreiras e formas de discriminação (IFRS, 2024).

Em 25 de fevereiro de 2014, foi aprovada pelo Conselho Superior da Instituição a Resolução nº 22, relativa à Política de Ações Afirmativas do IFRS. O documento tem um caráter teórico e prático organizado em oito títulos, a saber: Disposições Gerais; Dos Princípios; Das Diretrizes; Dos Objetivos; Das formas de acesso aos cursos do IFRS; Da Permanência e Êxito no IFRS; Da Composição e Atribuições da Comissão de Acompanhamento e Avaliação da Política de Ações Afirmativas do IFRS, Das Disposições Finais.

A referida Política tem como finalidade orientar ações de inclusão no Ensino, Pesquisa e Extensão, tripé em que a instituição atua, visando a promoção do respeito à diversidade socioeconômica, cultural, étnico-racial, de gênero e de necessidades específicas, e para defesa dos direitos humanos (IFRS, 2014).

Sua dimensão prática pode ser vislumbrada de forma bastante clara no delineamento de suas diretrizes:

- I - dotação de recursos financeiros no orçamento anual do IFRS para implementação, desenvolvimento e continuidade das Ações Afirmativas no

âmbito do Instituto; II - implantação e institucionalização, nos câmpus, de Núcleos de Atendimento que atendam ao disposto no Art. 1º; III - celebração de convênios e parcerias com instituições públicas, privadas, movimentos sociais e organizações não governamentais, com o intuito de assegurar ações de intersetorialidade das políticas públicas; IV - mobilização permanente da comunidade acadêmica do IFRS para garantir o desenvolvimento da Política de Ações Afirmativas; V - ampla divulgação desta Política; VI - aplicação da Lei nº 12.711/2012, do Decreto 7.824/12 e da Portaria Normativa nº 18 de 11 de outubro de 2012 em todos os processos de ingresso de estudantes do IFRS; VII - reserva de no mínimo, 5% (cinco por cento) das vagas, nos processos seletivos para estudantes do IFRS, para pessoas com deficiência; VIII - acessibilidade nos projetos arquitetônicos das obras a serem realizadas e daquelas já existentes, de acordo com a NBR 9050 da ABNT; IX - acessibilidade virtual nos sites eletrônicos do IFRS, de acordo com a Lei nº 10.098/00 e Decreto nº 5.296/04; X - formação da comunidade acadêmica na temática da “Educação Inclusiva, Diversidade e Direitos Humanos”. (IFRS, 2014, p. 3)

Observa-se, no inciso primeiro, a previsão de alocação de recursos orçamentários da instituição para implementação e desenvolvimento de atividades voltadas às ações afirmativas, o que acaba dando o necessário ar de concretude ao planejado. Outra estratégia que merece destaque refere-se à criação de núcleos, considerando o IFRS uma instituição *multicampi*. Os núcleos criados em cada unidade objetivam acompanhar, propor e coordenar os trabalhos relacionados: à inclusão de pessoas com necessidades educacionais específicas, por meio dos Núcleos de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas (Napnes); aos estudos de inclusão e equidade às populações negra, indígena e quilombola, no caso dos Núcleos de Estudos Afro-brasileiros e Indígenas (Neabis); e aos estudos e pesquisas em Gênero e Sexualidade, a partir dos Núcleos de Estudos e Pesquisas em Gênero e Sexualidade (Nepgss). Isto posto, pretende-se, neste momento, direcionar o olhar para as principais práticas e fundamentações que balizam os trabalhos dos núcleos no IFRS.

1.1 Assessoria de Ações Inclusivas e Núcleos de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas (Napnes): em pauta a inclusão como direito

No Brasil, existe um robusto arcabouço legal, relacionado ao direito da pessoa com deficiência à educação, sendo a Lei Brasileira de Inclusão, a Lei

13.146 (Brasil, 2015) um dos principais balizadores. A partir da análise desse ordenamento jurídico percebe-se a preocupação relacionada à efetivação de um sistema educacional inclusivo, conforme destaca o artigo 27 da referida Lei:

A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (Brasil, 2015, p. 6)

Existe incontestavelmente o direito legal expresso ao acesso a um sistema educacional inclusivo, capaz de receber pessoas com deficiência, sem limitação de idade, visando possibilitar o seu desenvolvimento da forma mais plena possível. Em se tratando das bases legais voltadas mais especificamente à educação, recorre-se à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei 9.394 (Brasil, 1996), que destina um capítulo específico à “Educação Especial”, considerando-a uma modalidade da educação escolar, ofertada desde a educação infantil e estendendo-se ao longo da vida, preferencialmente na rede regular de ensino, com serviços de apoio especializado voltado ao público da educação especial, assim nominados: educandos com deficiência, com transtornos globais de desenvolvimento⁶ e com altas habilidades ou superdotação.

A LDB ao dimensionar o papel dos sistemas educacionais assevera ao público da educação especial, em seu artigo 59:

Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

⁶ Atualmente denominado Transtorno do Espectro Autista (TEA), conforme Lei 12.764 (Brasil, 2012) e DSM-V, ao referir: “**Fusão de transtorno autista, transtorno de Asperger e transtorno global do desenvolvimento no transtorno do espectro autista.** Os sintomas desses transtornos representam um continuum único de prejuízos com intensidades que vão de leve a grave nos domínios de comunicação social e de comportamentos restritivos e repetitivos em vez de constituir transtornos distintos. Essa mudança foi implementada para melhorar a sensibilidade e a especificidade dos critérios para o diagnóstico de transtorno do espectro autista e para identificar alvos mais focados de tratamento para os prejuízos específicos observados. (APA, 2014, xlii Prefácio, grifos nossos)

- II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;
- III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;
- IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;
- V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular. (Brasil, 1996, p. 27)

A partir da LDB pode-se compreender que o estudante com necessidades educacionais específicas possui o direito a um currículo pensado nas especificidades de cada estudante, que possa dar conta de suas peculiaridades, assim como metodologias, recursos e técnicas. Outro aspecto que a legislação refere é a previsão de professores devidamente qualificados. A Resolução MEC nº 4 de 2 de outubro de 2009, que Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial, refere, em seu artigo 12 que “Para atuação no AEE, o professor deve ter formação inicial que o habilite para o exercício da docência e formação específica para a Educação Especial” (MEC, 2009, p. 3). Além do professor de AEE, os professores do ensino regular também devem ser qualificados para o atendimento desses estudantes.

Considerando a LBI e a LDB pode-se acenar que o disposto na legislação parece estar próximo ao ideal relacionado a uma educação efetivamente inclusiva; todavia, na prática existem lacunas, existem fragilidades. A falta de recursos voltados especificamente para educação especial acaba sendo uma das principais barreiras para a plena implementação da legislação.

O IFRS, ciente do preconizado pela legislação nacional na temática em voga, assume já em sua missão o compromisso e a responsabilidade em constituir-se com uma instituição inclusiva, ao referir em seu Projeto de Desenvolvimento Institucional (PDI):

Ofertar educação profissional, científica e tecnológica, **inclusiva**, pública, gratuita e de qualidade, promovendo a formação integral de cidadãos para enfrentar e superar desigualdades sociais, econômicas, culturais e ambientais, garantindo a Indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão e em consonância com potencialidades e vocações territoriais. (IFRS, 2023, p. 27)

Tendo o IFRS em sua missão a inclusão como um dos pilares, busca essa materialização principalmente a partir de ações coordenadas pela Assessoria de Ações Inclusivas, que articula a construção de políticas institucionais na área em colaboração com representantes dos Napnes dos *campi*. Ao considerar o direito dos educandos com necessidades específicas a um currículo que considere suas especificidades elaborou uma Instrução Normativa (IN) que regulamenta os fluxos e procedimentos de identificação, acompanhamento e realização do Plano Educacional Individualizado (PEI) dos estudantes com necessidades educacionais específicas do IFRS, cuja última versão é a IN nº 7 de 4 de setembro (IFRS 2020), publicada pela Pró-Reitoria de Ensino.

O PEI é um documento construído de forma colaborativa envolvendo docentes, equipes pedagógicas, assistência estudantil, famílias e profissionais que acompanhem o estudante. Cada estudante com necessidades educacionais específicas faz jus ao PEI, no qual se faz o levantamento do histórico do estudante; são indicadas suas necessidades específicas; suas principais habilidades e dificuldades. A partir dos dados gerais os professores de cada componente curricular realizam as adequações necessárias em objetivos, conteúdos, metodologia e avaliação.

Tratando-se da previsão de professores com formação na área de educação especial e/ou atendimento educacional especializado, em 26 de março de 2024, foi publicada a Resolução nº 13 (IFRS, 2024), que aprova a Política de Atendimento Educacional Especializado do IFRS. O AEE é concebido como um conjunto de atividades pedagógicas propostas por professores com formação na área de educação especial, com o objetivo de eliminar barreiras que possam obstruir a plena participação e desenvolvimento na aprendizagem dos estudantes com necessidades educacionais específicas. Na política do IFRS é estabelecida a obrigatoriedade de um professor de AEE em cada um de seus *campi* e são delineadas as atribuições dos profissionais.

A Assessoria de Ações Inclusivas, sempre que demandada, realiza palestras e atividades formativas voltadas à qualificação de docentes e demais profissionais da instituição na temática inclusão. Pondera-se que a capacitação é fundamental para que a inclusão realmente ocorra, já que muitas falhas no processo podem ocorrer devido a barreiras atitudinais, motivadas, muitas vezes, por preconceito advindo da falta de conhecimento em relação ao assunto.

Uma temática polêmica e um tanto nebulosa, que merece estudos e bastante reflexões é a certificação de estudantes por meio da terminalidade específica⁷. Essa possibilidade é referenciada na LDB e na Resolução nº 2 do Conselho Nacional de Educação - Câmara da Educação Básica (CNE/CEB) (MEC, 2001), que institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. O artigo 16 dessa resolução refere que:

É facultado às instituições de ensino, esgotadas as possibilidades pontuadas nos Artigos 24 e 26 da LDBEN, viabilizar ao aluno com **grave deficiência mental ou múltipla**, que não apresentar resultados de escolarização previstos no Inciso I do Artigo 32 da mesma Lei, **terminalidade específica do ensino fundamental**, por meio da certificação de conclusão de escolaridade, com histórico escolar que apresente, de forma descritiva,

7 Terminalidade Específica é uma “certificação de conclusão de escolaridade fundamentada em avaliação pedagógica - com histórico escolar que apresente, de forma descritiva, as habilidades e competências atingidas pelos educandos com grave deficiência mental ou múltipla” (Brasil, 2001, p. 59) Segundo Cabral, Mendes e Ebersold (2023, p. 994-995) a terminalidade específica é uma forma de diplomação: “As IES têm se inclinado a lançar mão de instrumentos e estratégias para a “diplomação” de estudantes com deficiência, tais como a Certificação Diferenciada; Temporalidade Diferenciada; Certificação Intermediária e Terminalidade Específica. Contudo, direcionamentos têm sustentado, em diversos microcontextos educacionais, a proposição de currículos que tendem a se afastar da perspectiva biopsicossocial. Na Educação Superior, além dessas estratégias, algumas IES têm discutido (e muitas vezes executado) possibilidades de se estruturar um diploma diferenciado, ou seja: ao invés de a instituição prover a diferenciação curricular na perspectiva da acessibilidade, ao longo da trajetória formativa da pessoa com deficiência, tem indicado nesse documento os elementos curriculares que foram por ela concluídos com “sucesso”. Todavia, esse percurso está fundado na desigualdade entre os que possuem e os que não possuem o saber técnico- científico, tornando-se o lugar preferencial da competição entre indivíduos e do sucesso de alguns deles contra os demais. Assim, os estudantes com algumas especificidades tendem a ser marginalizados ou mesmo excluídos de processos fundamentais. [...] Em complemento, Silva e Pavão (2019, p. 3, grifo nosso) referem que a terminalidade específica “é focalizada na educação básica como um direito de todos em idade escolar, a fim de se **concluir essa etapa**”. Segundo eles, a TE “seria aplicada com a finalidade de contribuir com o término da formação dos estudantes público-alvo da educação especial”. (*ibidem*)

as competências desenvolvidas pelo educando, bem como o encaminhamento devido para a educação de jovens e adultos e para a educação profissional. (MEC, 2001, p. 4, grifos nossos)

O artigo supracitado menciona que o público para a terminalidade específica seriam os estudantes com graves deficiências mentais (termo que foi substituído por intelectuais) ou múltiplas, do ensino fundamental, que não conseguem alcançar o proposto para o nível de ensino, assim como aceleração de estudos para estudantes com altas habilidades ou superdotação.

A educação para o trabalho é outro aspecto sinalizado, prevendo inclusive condições para ingresso no mundo do trabalho a partir de articulações com órgãos oficiais. O direito igualitário aos benefícios de programas suplementares previstos para o nível de ensino também é pauta assinalada na referida Lei.

Como pode ser visto, a terminalidade específica pode ser considerada um assunto delicado, já que se tratando de uma terminalidade acaba obstruindo o prosseguimento de estudos. O IFRS até então prefere trabalhar pedagogicamente a partir do Plano Educacional Individualizado (PEI) e, em casos mais específicos, o olhar é feito de forma ainda mais individualizada, sempre intermediado pelos Napnes e Assessoria de Ações Inclusivas, buscando alternativas para conclusão dos cursos por parte dos estudantes com necessidades educacionais específicas.

O Conselho Nacional de Educação convidou a Assessora de Ações Inclusivas do IFRS e outras instituições da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica para fazer parte de um grupo de trabalho que pretende elaborar um direcionamento para formas de certificação de estudantes que demandam de grandes adequações em seus currículos e que não atingiram o mínimo para integralização dos conteúdos.

Em relação à aceleração de estudos para estudantes com altas habilidades ou superdotação indica-se a parceria/aproximação com Associações, Conselhos e demais instituições que trabalham com essa temática, como: Conselho Brasileiro para Superdotação (ConBraSD)⁸; Associação Brasileira para Altas Habilidades/Superdotados⁹; Associações Estaduais de Altas Habilidades e Superdotação, como a Associação Gaúcha de Altas Habilidades e

8 Disponível em: <https://conbrasd.org/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

9 Disponível em: <http://www.altashabilidades.com.br/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

Superdotação¹⁰; Núcleos de Atividades de Altas Habilidades e Superdotação (NAAHS)¹¹, dentre outros, objetivando buscar orientações e encaminhar os casos da melhor maneira possível.

Outro ponto de destaque relaciona-se ao trabalho. O IFRS é uma instituição de educação profissional que, por meio de seus cursos, dialoga com o mundo do trabalho. Em alguns de seus cursos considera fundamental o estágio e o prevê como obrigatório. Estudantes com necessidades educacionais específicas são acompanhados também no momento do estágio e, considerando suas necessidades, são feitas as adequações, seja na prática do estágio (em alguns casos realizando-os na própria instituição, ou articulando com o local que receberá o estudante), assim como nas adequações do trabalho final (relatório, artigo, apresentações, dentre outros).

Mesmo com inúmeras iniciativas para inclusão de pessoas com deficiência, altas habilidades ou superdotação e outras necessidades educacionais específicas, o IFRS enfrenta diversos desafios. Incluir não é apenas possibilitar o acesso para o público da educação especial; trata-se de um processo, cujo fluxo considera alguns pressupostos, como: pensar e oferecer espaços acessíveis; planejar e possibilitar um currículo que considere as necessidades dos educandos; trabalhar em rede; oferecer atendimento multiprofissional e atendimento educacional especializado; disponibilizar materiais didático-pedagógicos acessíveis e tecnologia assistiva¹²; ter empatia nas relações interpessoais; dialogar com família, instituições e profissionais de outras áreas; investir em inclusão. Nem sempre o recurso é suficiente para dar conta de todas ações, em alguns casos ocorrem resistências, o trabalho com a diferença exige postura empática e acaba demandando esforços que ultrapassam os habituais. As formações não trazem todas respostas para lidar com algumas situações.

10 Disponível em: <http://agaahsd.com.br/agaahsd>. Acesso em: 20 jun. 2024.

11 Contatos disponíveis em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9967-naahs-secadi&Itemid=30192. Acesso em: 20 jun. 2024.

12 Conceitua-se como “tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social”. (Brasil, 2015, p. 2)

E é nesse cenário que o IFRS se reconhece como uma instituição no caminho da inclusão; se coloca em processo, considerando suas próprias lacunas e procura compartilhar experiências tanto em formações internas, quanto na Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica e demais redes de ensino. Além de realizar palestras, produz conhecimento por meio de diversas publicações¹³ disponíveis no site do Centro Tecnológico de Acessibilidade (CTA)¹⁴ do IFRS, um espaço vinculado à Pró-reitoria de Ensino que trabalha com as diversas dimensões de acessibilidade, produção de tecnologia assistiva e materiais didático- pedagógicos acessíveis, com servidores qualificados e dedicados especificamente para esse fim - outro grande diferencial do IFRS. Temos consciência de que a inclusão não é simples e não acontece apenas por meio de ações isoladas, por isso seguimos ao lado da sociedade como um todo, tendo como horizonte a plena inclusão de pessoas com deficiência, altas habilidades ou superdotação e demais necessidades específicas.

1.2 Assessoria de Gênero e Sexualidade e Núcleos de Estudo e Pesquisa em Gênero e Sexualidade (NEPGS): em pauta a trajetória da institucionalização de ações que combatem e previnem a desigualdade e a violência de gênero no IFRS

As questões de gênero e os direitos humanos são intrinsecamente interligadas, pois a igualdade de gênero é um pilar fundamental para a realização plena dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (Artigo 1º). No entanto, a realidade mundial ainda revela disparidades significativas. Em muitos países, mulheres e pessoas LGBTQIAPN+ enfrentam discriminação e violência sistemática, afetando seu acesso à educação, saúde e oportunidades de emprego. A Organização Mundial da Saúde (OMS) destaca que a violência de gênero é uma das formas mais prevalentes de violação dos direitos humanos, com uma em cada três mulheres no mundo experienciando violência física ou sexual em algum momento de suas vidas (OMS, 2021).

No Brasil, a questão de gênero é igualmente crítica, refletindo a complexidade das dinâmicas sociais e culturais do país. O artigo 5º da Constituição

13 Disponível em: <https://cta.ifrs.edu.br/category/publicacoes/nossos-livros/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

14 Disponível em: <https://cta.ifrs.edu.br/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

Federal (Brasil, 1988) garante a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (Art. 5º, CF/88). No entanto, a prática difere da teoria, com altos índices de violência contra mulheres e pessoas LGBTQIAPN+. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em 2020, houve um aumento de 22% nos casos de feminicídio em comparação ao ano anterior. Além disso, o Brasil é um dos países com maior número de assassinatos de pessoas trans no mundo, evidenciando uma cultura de violência e intolerância persistente (FBSP, 2020).

Para combater essas violações, é necessário um compromisso renovado com políticas públicas eficazes e educação em direitos humanos. Autores como Judith Butler (2004) argumentam que a desconstrução das normas de gênero é essencial para promover a verdadeira igualdade. No contexto brasileiro, iniciativas como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) têm sido fundamentais na luta contra a violência doméstica. Contudo, conforme aponta a pesquisadora Sonia Corrêa (2018), é crucial que essas políticas sejam continuamente aprimoradas e que haja um esforço coletivo para desafiar e transformar as estruturas sociais que perpetuam a desigualdade de gênero. Assim, o fortalecimento dos direitos humanos no Brasil passa necessariamente pela promoção da equidade de gênero em todas as esferas da sociedade, sendo a educação uma das mais cruciais. Nesse sentido, no IFRS, este compromisso vem sendo construído ao longo do tempo.

Nos últimos 10 anos, o IFRS implementou diversas normativas e ações voltadas para questões de gênero, promovendo a inclusão e a diversidade em seu ambiente acadêmico. Essas iniciativas abrangeram desde políticas institucionais até a criação de núcleos específicos. Conforme mencionado anteriormente pela seção 2 deste artigo, a Política de Ações Afirmativas foi institucionalizada pela Resolução nº 22 no ano de 2014. Essa política visou a promoção do respeito à diversidade socioeconômica, cultural, étnico-racial, de gênero e de necessidades específicas, além da defesa dos direitos humanos, sendo um começo importante para as questões de gênero. Nessa mesma esteira, no ano de 2016, o IFRS deu outro passo importante ao regulamentar o uso do nome social na instituição. Esta regulamentação foi estabelecida pela Instrução Normativa 01/2016, onde foram definidos os procedimentos para o uso do nome social por estudantes, servidores e demais membros da comunidade acadêmica. Tal Instrução Normativa foi elaborada em consonância

com a legislação federal, em específico, de acordo com Ferreira et. al. (2023), com a Resolução nº 12, de janeiro 2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) que, na ausência de uma lei federal regulativa do uso do nome social, estabeleceu parâmetros para garantir as condições de acesso e permanência destas pessoas nos sistemas e instituições de ensino.

Em 2017, houve outro avanço significativo: a Resolução nº 37 regulamentou a criação dos Núcleos de Estudos e Pesquisas em Gênero e Sexualidade (Nepgss) em cada campus, que são responsáveis por promover ações relacionadas a gênero e sexualidade, incluindo a organização de eventos, cursos e projetos de extensão. “A gênese do Nepgss, no IFRS, sobretudo entre 2012 e 2013, partiu de movimentos simultâneos, externos - MEC/Setec/Secadi - e internos - de ações isoladas de grupos com interesse nas temáticas, mais do que uma iniciativa institucional.” (Ferreira, et. al. 2023, p. 123). Atualmente, o núcleo está presente nas 17 unidades do IFRS, individualmente ou vinculado aos Núcleos de Ações Afirmativas (NAAfs), que congregam os Napnes, Neabis e Nepgss.

Após o estabelecimento dos Nepgss, no ano de 2020, o IFRS se tornou o primeiro Instituto Federal do Brasil a implementar uma política institucional de prevenção e combate ao assédio e à violência. Baseada em grande medida na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a Política de Prevenção e Combate ao Assédio do IFRS (2020) foi construída a partir de um grupo de trabalho formado por servidores(as), entre eles(as), integrantes dos Nepgss, que buscaram garantir a ênfase nas temáticas de gênero. Nesse sentido, a política buscou, desde seu início, promover a conscientização sobre as diversas formas de violência de gênero que podem incluir violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial. Além disso, enfatizou a importância de entender essas violências não apenas em suas manifestações mais visíveis, mas também em suas formas mais sutis, que perpetuam desigualdades e discriminação. Também criou fluxos institucionais, por meio da Instrução Normativa 06/2022 (IFRS, 2022), para a realização de denúncias através de diversos canais: ouvidoria, redes de apoio e acolhimento em cada campus e o site fala.br. A fim de que possa ser efetivada de forma adequada, o IFRS não descuidou da dimensão pedagógica da referida política. Tanto servidores(as) quanto alunos(as) têm sido o público-alvo nos últimos anos de diversas formações, através de uma

equipe integrada que concatena a Procuradoria Federal, a Diretoria de Assuntos Estudantis e a Assessoria de Gênero e Sexualidade, esta última, criada no ano de 2021, da qual falaremos a seguir.

No ano de 2021, no intuito de fortalecer as discussões e ações voltadas para as temáticas de gênero e sexualidade, foi criada a Assessoria de Gênero e Sexualidade (AGS), institucionalizada através de um acordo de cooperação técnica com o campus Osório. A Assessoria passou a realizar um trabalho articulado de planejamento para ações de integração e fortalecimento institucional dos Npgss e Naafs, somando-se a outras duas existentes: a Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade e Assessoria de Relações Étnico-Raciais (Ferreira, *et. al.* 2024, p. 126). Ainda de acordo com as autoras:

A criação da Assessoria em Gênero e Sexualidade foi o resultado de uma construção histórica e coletiva no campo das Ações Afirmativas no IFRS [...]. Esse caminho foi iniciado desde a criação da Consultoria de Ações Inclusivas, no ano de 2010 e, posteriormente, nomeada como Assessoria de Ações Inclusivas (2012) e, finalmente, ser intitulada como Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade (2018) (Ferreira, *et. al.* 2023, p. 127).

Da mesma forma, os Npgss em cada campus também manifestaram o interesse em uma representação institucional que cuidasse das pautas de gênero e sexualidade, fazendo com que surgisse, através de acordo de cooperação técnica, no ano de 2021, a figura da Assessoria de Gênero e Sexualidade junto à Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade. Como principais objetivos da AGS, lista-se:

Planejamento e desenvolvimento de ações institucionais para integração e fortalecimento dos Npgss e Naafs; participação efetiva na proposição de normativas e projetos institucionais que assegurem a equidade e o combate às discriminações de gênero e sexualidade; proposição e elaboração – em conjunto com os núcleos – de campanhas institucionais para as datas representativas às discussões de gênero e sexualidade; proposição e organização de eventos relacionados às temáticas de gênero e sexualidade; fomento à participação dos Npgss e Naafs em eventos científicos, bem como, em chamadas para publicação de artigos e relatos de experiência; incentivo à produção científica e ações de popularização do conhecimento pertinentes às temáticas dos Npgss (Ferreira, *et. al.* 2023, p. 127).

Entre as principais atividades da AGS desde seu início, destaca-se a realização de eventos e formações, em colaboração com os núcleos, tanto em formato remoto quanto presencial, em diversos *campi*. Além disso, a AGS tem se destacado em ações para a efetivação da Política de Prevenção e Combate ao Assédio e à Violência no IFRS, participando ativamente de formações presenciais nos *campi*. Outro projeto que merece ser mencionado na atuação da AGS é o Projeto de Promoção da Dignidade Menstrual do IFRS. Implementado desde 2022, através da Instrução Normativa n.º 01 de 2022, este projeto visa a distribuição de absorventes nos *campi*, bem como atividades educativas sobre sexualidade e reprodução, através de palestras e reuniões. Por fim, a AGS também tomou parte nos Jogos do IFRS - evento que reúne estudantes do ensino médio integrado dos diversos *campi*. Em 2022 houve a primeira edição dos Jogos com a participação de estudantes transgêneros. A AGS assessorou a Pró-reitoria de Extensão na revisão do regulamento das diversas modalidades dos jogos e conduziu ações formativas para coordenadores(as) das delegações dos *campi* e assim também procedeu no ano de 2023, mantendo-se à disposição sempre que solicitada para este evento.

Por fim, é importante destacar que a AGS ainda não se configura como um setor. “[...] depende de acordos de cooperação técnica [...] Para fortalecimento da sua institucionalização, indica-se a sua constituição enquanto setor e a alocação de servidor/a efetivo/a” (Ferreira *et. al.* 2023, p. 128). Dessa forma, finalizamos este breve apanhado destacando que a Assessoria de Gênero e Sexualidade (AGS) no IFRS tem desempenhado um papel crucial na promoção da equidade de gênero e combate à discriminação, avançando significativamente em suas ações nos últimos anos. Para fortalecer ainda mais a AGS, é essencial institucionalizar a assessoria como um setor independente, garantindo a alocação de servidores efetivos dedicados exclusivamente a esta área. A continuidade e expansão das iniciativas atuais, como a implementação de políticas de prevenção à violência, campanhas educativas, e projetos de inclusão, são fundamentais para consolidar a AGS e assegurar um ambiente acadêmico inclusivo e respeitoso. As perspectivas futuras incluem a ampliação das ações formativas, maior integração com os núcleos de gênero e sexualidade, e a participação ativa na formulação de políticas institucionais que promovam a diversidade e os direitos humanos.

1.3 Assessoria de Relações Étnico-raciais e Núcleos de Estudos Afro-brasileiros e Indígenas (Neabis): em pauta a consolidação e fortalecimento das políticas voltadas a assegurar a equidade, valorização das identidades e diversidade étnico-racial

Em 1978, a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a I Conferência Mundial para o Combate ao Racismo e à Discriminação Racial. Pela primeira vez, a ONU menciona o racismo e a discriminação racial como fatores cruciais para o entrave social e a manutenção das desigualdades. A Conferência encerra a primeira década de combate ao racismo iniciado em 10 de dezembro de 1973, com a Resolução nº 3.057, como a “Década para Ação de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial” (IPEA, 2013, p. 19). Com referências explícitas ao regime de *Apartheid* da África do Sul, a Conferência, que ocorreu em Genebra/ Suíça, determina medidas políticas com prazos diferenciados, para todos níveis de abrangência (internacional, nacional e regional), assim como elenca ações que devem ser tomadas pelos Estados signatários, como o Brasil, de educação, formação e informação para a eliminação da discriminação racial.

Em 1966, o Brasil integrou a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”, aberta em Nova York e que foi promulgada pelo poder legislativo na publicação do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. No Art. 1 afirma a necessidade da prática da equidade, ou seja, tratar com diferença o desigual para torná-lo igual. Desde aí temos o Estado brasileiro comprometido em combater o racismo a partir de políticas de promoção de igualdade que reconhece a discriminação racial nas práticas sociais e institucionais.

Ainda que se tenha uma legislação, internacional e nacional, que preconizam o combate e eliminação da discriminação racial como partes intrínsecas aos direitos humanos, é fundamental mencionar os movimentos sociais negros organizados que acompanham, reivindicam ações e criam uma agenda de práticas de promoção de igualdade, com a educação no centro do debate. Anterior ainda a forma da lei, em 1959 foi criado o Centro de Estudos Afro-Orientais (CEAO), na Universidade Federal da Bahia (UFBA), o precursor do que hoje conhecemos como Núcleo de Estudos Afro-brasileiros e Indígenas (Neabi) presente nas universidades e institutos federais. (Telles, 2004).

No IFRS os Neabis estão presentes dentre os *campi* da primeira fase de implantação da instituição, em atuação por volta de 2012, e conquistam

regimento institucional, aprovado no Conselho Superior em 2014, com a Resolução nº 21/2014. Os Núcleos de Estudos Afro-Brasileiros e Indígenas são instituídos por portaria do diretor geral em cada *campi*, constituem-se como um setor propositivo e consultivo que estimula e promove ações de ensino, pesquisa e extensão orientadas à temática das identidades e relações étnico-raciais, especialmente quanto às populações afrodescendentes, quilombolas e indígenas, no âmbito da instituição e em suas relações com a comunidade externa. E dentre seus objetivos destacam-se ações que visam a valorização étnico-racial e a promoção da equidade; auxiliar nas ações pedagógicas e debate curricular para implementação das leis que estabelecem a cultura afro-brasileira e indígena; possibilitar o desenvolvimento de conteúdos curriculares, extracurriculares e pesquisas com abordagem multi e interdisciplinares sobre a temática de forma contínua; organizar espaços de conhecimento, reconhecimento e interação com grupos étnico-raciais; revisar documentos dos *campi*, sempre buscando a inserção e atualização dos mesmos no que compete às questões étnico-raciais; etc.

Ressaltamos que os espaços físicos e ocupados pelos Neabi nos *campi* são de acolhimento, mobilização, reivindicação de direitos, de potencializar a Educação das e para Relações Étnico-raciais (ERER); valorizar a diferença e desnaturalizar o racismo institucional e recreativo a partir de um diálogo honesto e qualificado de pesquisadores e pesquisadoras das relações e educação étnico-raciais, não necessariamente nessa ordem. E na esteira de mobilização que os representantes dos Neabis se organizam e reivindicam da gestão um setor representativo dos Neabis e das políticas de ações afirmativas étnico-raciais na reitoria. Ferreira *et. al.*, (2024, p. 12) endossam a assertiva ao referir que a “A Arer foi o resultado da articulação dos Núcleos de Estudos Afro-Brasileiros e Indígenas (Neabis) e Núcleos de Ações Afirmativas (Naafs) dos *campi*, que demandavam um setor representativo institucional para as pautas étnico-raciais”. E foi a partir desse diálogo que se constituiu, em 2018, a já denominada Assessoria de Relações étnico-raciais (ARER), por meio da designação da assessora Marlise Paz dos Santos.

Contemplando as atividades dos Neabis e das políticas supracitadas de eliminação da discriminação racial, a ARER foi regimentada como um setor por meio da Resolução Consup 001/2020, responsável pelo apoio à gestão, planejamento e coordenação de ações com vistas à inclusão e permanência

de estudantes negros e indígenas de forma ampla, geral e irrestrita. Sua finalidade é propor, assessorar, fortalecer e gerenciar as ações e programas voltados à promoção da equidade, inclusão e diversidade de raça e etnia, atuando de forma sistematizada na promoção das ações afirmativas, cultura da educação para a convivência, a defesa dos direitos humanos, o respeito às diferenças, a inclusão, permanência e êxito de estudantes da população negra, remanescentes de quilombos e de comunidades indígenas, a valorização da identidade étnico-racial, o combate ao racismo e todas as suas intersecções, de gênero, de sexismo, capacitismo e classismo.

A ARER nestes últimos três anos tem envidado esforços em formação da educação das e para relações étnico-raciais, ofertando aos servidores do IFRS e profissionais da educação da comunidade externa, cursos presenciais e virtuais, em parceria com os Neabis, pelas plataformas Moodle e You tube do IFRS (Salatino; Santos, 2023). A despeito dos desafios e vieses inconscientes que buscam consolidar barreiras de acesso, permanência, sucesso acadêmico do público foco da ARER, discentes e servidores, esta assessoria contribuiu para que a premissa dos direitos humanos e equidade relacionados às populações negra e indígena fossem evidenciados e debatidos para efetivação de políticas institucionais como: 1) o Processo de Ingresso Especial Indígena, por meio da Resolução Consup nº 23/2019; 2) a adoção e regulamentação das Comissões de Heteroidentificação do IFRS, juntamente com os Neabis, com a publicação da primeira Instrução Normativa nº 10/2017 sobre o tema no IFRS, em constante atualização e formação para aqueles que atuam nas comissões; 3) o Planejamento Educacional Individualizado para Estudantes Indígenas, visando garantir o respeito e a interculturalidade; 4) oferta de formação continuada e capacitação dos profissionais da educação do IFRS.

A assessoria atua junto ao coletivo dos Neabis e soma esforços para concretização das ações afirmativas:

Somente a atualização de documentos institucionais não será garantia de transformações estruturais no âmbito educacional. A inclusão da diversidade como princípio formativo não se sustentará se não houver ações práticas de combate ao racismo por parte dos professores, equipes pedagógicas, assistências estudantis e equipes diretivas, todos envolvidos em desenvolver um currículo comprometido com uma educação inclusiva, plural e verdadeiramente em combate ao racismo. (Rosa, 2021, p.21).

Contudo, a ARER e os Neabis, sem dúvidas, têm cumprido seus papéis fundamentais, que contribuem com o conhecimento, informação, fortalecimento e valorização da pluralidade étnico-racial brasileira, nos âmbitos da pesquisa, ensino e extensão no IFRS, considerando que todas estas ações promovem a igualdade.

Algumas Considerações

A República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros. Ainda no Título I da Constituição Federal, inaugurando, portanto, a ordem constitucional, compoem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na história do constitucionalismo pátrio, a Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez um título próprio que prevê os princípios fundamentais.

A criação e atuação da Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade no Instituto Federal Rio Grande do Sul (IFRS), responsável pelo planejamento e coordenação das ações relacionadas à política de inclusão da instituição, com foco na promoção da educação para convivência, defesa dos direitos humanos, inclusão de pessoas com necessidades educacionais específicas, combate ao racismo, valorização étnico-racial e das diversidades de identidade de gênero e orientação sexual, reforça o compromisso da instituição com os princípios constitucionais e promoção da igualdade por meio das políticas de ações afirmativas.

Ademais, a Política de Ações Afirmativas do IFRS, aprovada em 2014, e em tempo de ser revisitada, elenca uma série de ações de ingresso, permanência e inclusão a ser executada por todos os *campi* no ensino, na pesquisa e na extensão, como política indissociável que contempla o rendimento acadêmico como um todo, atrelado aos objetivos da rede federal, valorizando a diversidade para a construção de um Estado democrático e social de Direito.

Referências

APA. American Psychiatric Association. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5**. 5a edição. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <https://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 65810 de 08 de 12 de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. (Lei Maria da Penha). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas

travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 80, p. 3, 29 abr. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BUTLER, J. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004.

CABRAL, Leonardo; MENDES, Enicéia; EBERSOL, Serge. Reconfiguração do fazer coletivo e as funções da acessibilidade na Educação Superior. **Revista Educação e Políticas em Debate**. v. 12. n 3. (set./dez.2023). Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistaeducapoliticas/article/view/69997/36363>. Acesso em: 16 jul. 2024.

CORRÊA, S. Gênero e Direitos Humanos. In: FACHIN, M. M.; VIEIRA, O. (Org.). **Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2018.

FERREIRA, L. C. ; GEMELLI, C. E.; TAVARES, O. P. A institucionalização das temáticas de gênero e sexualidade no IFRS: os NEPGSs e a AGS. In: SONZA, A. P.; GEMELLI, C. E.; NUNES, L.L.; TAVARES, O. P. **Letramento de Gênero e Sexualidade: aqui não é um tabu e aí?** Porto Alegre: 2ks Agência Digital, 2023, pp. 119-130.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. São Paulo: FBSP, 2020.

GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação**. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 13, de 12 de março de 2024**. Institui a Política de Atendimento Educacional Especializado do IFRS. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2024/03/RESOLUCAO_13-2024_ANEXO_ass.pdf. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul, 2014. **Resolução nº 20, de 25 de fevereiro de 2014**. Aprova o Regulamento dos Núcleos de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas (Napne), Disponível em: <https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Resolucao-20-14.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 21 de 25 de fevereiro de 2014.** Aprova o Regulamento dos Núcleos de Estudos Afro-Brasileiros e indígenas (Neabis) do IFRS. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Resolucao_21_14.pdf. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 22 de 25 de fevereiro de 2014.** Aprova a Política de Ações Afirmativas do IFRS. Disponível em: <https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/resolucao-22-14.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Instrução Normativa nº 06 de 1 de dezembro de 2022.** Regulamenta e estabelece fluxo e procedimentos para denúncia de assédios e violências, em atendimento à Política Institucional de Prevenção e Combate ao Assédio e à Violência no IFRS. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2022/12/IN_06-2022-Regulamenta-e-estabelece-fluxo-e-procedimentos-para-denuncia-de-assedios-e-violencias.pdf. Acesso em: 16 jul. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução Consup nº 023/2019.** Aprova a Política de Ingresso Especial e Permanência do Estudante Indígena do IFRS. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/Resolucao_023_19_Aprova_Politica_Ingresso_Indigena_IFRS_completa.pdf. Acesso em: 04 jul. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Instrução Normativa nº 10/2017.** Regulamenta o processo de ingresso de candidatos autodeclarados negros (pretos e pardos) por cotas nos processos seletivos e concursos do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS). (REVOGADA)

IFRS. **Resolução Consup nº 023/2019** – Aprova a Política de Ingresso Especial e Permanência do Estudante Indígena do IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/Resolucao_023_19_Aprova_Politica_Ingresso_Indigena_IFRS_completa.pdf.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução do Consup n.º 001, de 2020.** Aprova o Regimento

Complementar da Reitoria do IFRS. Disponível em: <https://www.ifrs.edu.br/documentos/resolucao-consup-001-2020.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 54 de 12 de dezembro de 2023**. Aprova o Plano de Desenvolvimento Institucional do IFRS 2024-2028. Disponível em: https://docs.google.com/document/d/1MZMGCxCXSNK-30gbbpYkrtWVegJe_TWNyJloNNqN0wk/edit. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Instrução Normativa nº 01, de 13 de maio de 2022**. Dispõe sobre a implementação do Projeto de Promoção da Dignidade Menstrual. Disponível em: <https://www.ifrs.edu.br/documentos/instrucao-normativa-01-2022.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul, Pró-reitoria de Ensino. **Instrução Normativa nº 07, de 04 de setembro de 2020**. Institui os fluxos e procedimentos para a realização do Plano Educacional Individualizado. Disponível em: <https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2020/09/IN-07-2020-Plano-Educacional-Individualizado-PEI.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Instrução Normativa n.º 01, de 13 de junho de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social no âmbito do IFRS. Disponível em: <https://ifrs.edu.br/normativas/instrucao-normativa-01-2016>. Acesso em: 20 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Assessoria de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade**. Disponível em: <https://ifrs.edu.br/ensino/assessoria-de-aco-es-inclusivas/assessoria-de-aco-es-inclusivas-aai/>. Acesso em: 18 jun. 2024.

IFRS. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul. **Política de Prevenção e Combate ao Assédio**. Disponível em: <https://ifrs.edu.br>. Acesso em: 25 jun. 2024.

IPEA. **Texto para discussão**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

MEC. Ministério da Educação. **Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica**. Secretaria de Educação Especial. Mec/ Seesp, 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/diretrizes.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

MEC. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB 2 de 11 de setembro de 2001**. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Conselho Nacional de Educação / Câmara de Educação Básica, 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

MEC. Ministério da Educação. **Resolução nº 4 de 2 de outubro de 2009**. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Conselho Nacional de Educação - Câmara de Educação Básica. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Violência contra as mulheres: uma pandemia global**. Genebra: OMS, 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ROSA, Júlio César da. Prefácio. SALATINO, Alba Cristina Couto dos Santos; ROSA, Sabrina Hax Duro; MONTEIRO, Jade de Oliveira. **Relações étnico-raciais: saberes e visibilidades necessárias**. São Paulo: Editora Pimenta Cultural, 2021, p. 17- 24.

SALATINO, Alba Cristina Couto dos Santos; RIBEIRO, A. L. . Esperançar, educar e transformar: relato de atividades da assessoria de relações étnico-raciais. In: Andréa Poletto Sonza, Alba Cristina Couto dos Santos Salatino, Catia Eli Gemelli, Greicimara Vogt Ferrari e Olívia Pereira Tavares. (Org.). **Revista Plural**. 1 ed. Bento Gonçalves: IFRS, 2023, v. 2, p. 29-38.

SILVA, Mariane Carloto da; PAVÃO, Sílvia Maria de Oliveira. Terminalidade Específica para Estudantes com deficiência na educação superior: práticas (a serem) implementadas? **Revista Brasileira de Educação**,

nº 24, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/f8drxrBXYWTTnhwsvnJmxyy/#>. Acesso em: 16 jul. 2024.

TELLES, Jocélio. Um centro dedicado à pesquisa dos negros: Entrevista. **Estudos Avançados**, nº 18 (50), 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/kpKxy3D7pLs3VpQPjrhTRmd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 out. 2021.

DADOS DAS ORGANIZADORAS DO LIVRO

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto

Doutoranda em Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Doutoranda pela Universidade de Salamanca (USAL), Mestre em Direito, na especialidade Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), com título de mestre validado no Brasil pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP (UPM), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), professora da graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), professora da pós-graduação lato sensu do UnICEUB (2020-2023), Conselheira Titular do Conselho da Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (triênio 2025/2027), membra do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); membra da Comissão de Direito Constitucional do IAB; , Conselheira Fiscal do Instituto de Advogados do Distrito Federal (IADF) (2024/2027), membra efetiva da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil seccional São Paulo (2022/2024), membra da Comissão Especial de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019/2021), Conselheira Fiscal do Instituto Victor Nunes Leal (IVNL), vice-presidente do Instituto Empoderar (2024/2026), Consultora do Instituto Inovare do Grupo Globo, advogada, sócia do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia.

Inajara Piedade da Silva

Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - IFRS. Doutora pela Universidade Autónoma de Lisboa. Investigadora do Ratio Legis Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da UAL - Portugal. Pesquisadora no Programa de Estudos em Direitos Humanos para investigadores visitantes em Coimbra - Portugal (2018). Possui graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (1994), pós-graduação pela Universidade Estácio de Sá (2000) e aprovação com louvor no mestrado em Direito pela Universidade Iguazu (2005). Autora

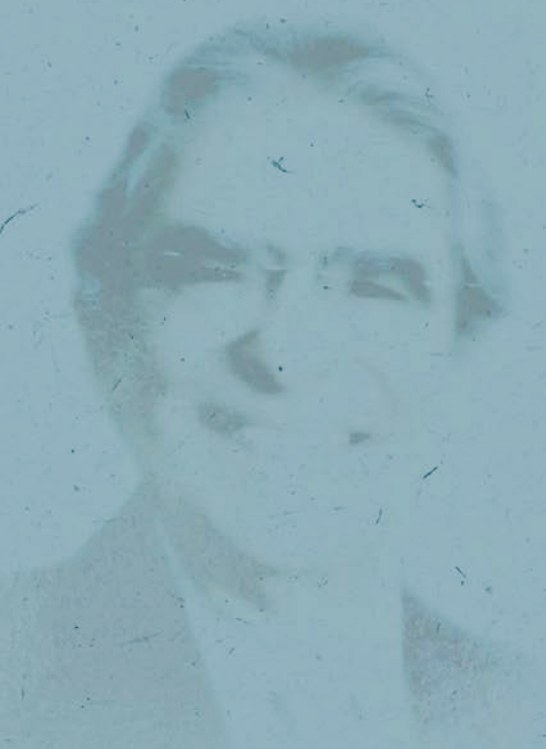
de livros e artigos jurídicos. Atualmente é membra do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Sexualidade (NEPEGS) e Núcleo de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas (NAPNE) do IFRS. Membra da Comissão de Avaliação e Gerenciamento das Ações de Extensão - CGAE. Pesquisadora CNPQ, linhas de pesquisa: Fundamentos da Experiência Jurídica Contemporânea: O Direito sob os aspectos dogmático, filosófico e sociológico; Cultura, Identidade e Trabalho; Educação, Inovação e Trabalho. Atuou como Coordenadora Acadêmica do curso de Direito e como Coordenadora de Trabalho de Conclusão de Curso. Ministrou aulas em pós-graduação e graduação, nas principais instituições de ensino do Rio de Janeiro, tais como UFRJ, UCAM, UC, UNESA. Como advogada, atuou durante 15 anos nas áreas de Direito Civil e Comercial, com ênfase em Direito de Família e do Consumidor.

Andréa Poletto Souza

Possui graduação em Ciência da Computação pela Universidade de Caxias do Sul/RS, Licenciatura em Formação de Professores pelo IFRS, especialização em Psicopedagogia Institucional pela UNISUL/SC, mestrado em Educação (Linha de Pesquisa: Informática na Educação Especial) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutorado em Informática na Educação (Linha de Pesquisa: Informática na Educação Especial) pela mesma Universidade. Professora titular e Assessora de Ações Afirmativas, Inclusivas e Diversidade do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS). Integrante da Comissão Assessora em Educação Especial e Atendimento Especializado em Exames e Avaliações da Educação Básica - INEP. Tem experiência na área de Informática na Educação Inclusiva/Especial, atuando principalmente nos seguintes temas: Pessoas com Necessidades Educacionais Específicas, Desenho Universal, Tecnologia Assistiva, Acessibilidade Virtual e Inclusão Sociodigital.



Este livro foi produzido com as fontes Fjalla One e Myriad Pro;
impresso pela Oficina de Livros em papel de capa Couché Matte 300gr
e papel de miolo Off-set 75gr, em abril de 2025.



Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto é uma obra que celebra a trajetória de um dos mais notáveis juristas do Brasil, destacando sua inestimável contribuição ao direito, à democracia e à defesa dos direitos fundamentais. Reunindo renomados juristas, professores e pesquisadores, o livro apresenta reflexões profundas sobre temas jurídicos relevantes, como inclusão social, direitos humanos, justiça constitucional e transformações legislativas. Cada capítulo reflete o respeito e a admiração pelo legado do Ministro Ayres Britto, tornando esta coletânea uma referência essencial para todos que buscam compreender o impacto do direito na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

ISBN 978-65-984270-1-6



9 786598 427016 >