



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO AO CUIDADO



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA





CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO AO CUIDADO



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



**Coordenação institucional
do projeto**

Aline Rezende Peres Osorio
Adriana Alves dos Santos Cruz
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Patrícia Perrone Campos Mello

**Organização da obra e coordenação
da série Cadernos de Jurisprudência
do Supremo Tribunal Federal**

Flávia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi
Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenação da obra

Melina Girardi Fachin
Patrícia Perrone Campos Mello
Renata Helena Souza Batista de
Azevedo Rudolf

Colaboradores

Alcebiades Meireles Meneses
Aléxia Luiza Pereira de Andrade
Ana Paula Cardoso Almeida
Angélica Pavelski Cordeiro Schaitza
Bianca Ketlyn Anderle Correia
Camila Nascimento de Souza
Carolina Borges Soares
Catarina Mendes Valente Ramos
Eliane Nestor da Silva Santos
Francielle Elisabet Nogueira Lima
Henrique Farias de Oliveira
Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini

Larissa Anacleto do Nascimento
Matheus Gomes Nina Ribeiro
Paula Gabriela Barbieri
Sthefany Felipp dos Santos
Taysa Schiocchet
Welda Rodrigues Souza

Revisão de conteúdo – STF

Patrícia Perrone Campos Mello
Renata Helena Souza Batista de
Azevedo Rudolf
Alessandra Marreta de Veras
Camila Nascimento de Souza
Eliane Nestor da Silva Santos
Gustavo Machado Milhomem
Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini
João Vitor Teles Andrade
Matheus Gomes Nina Ribeiro
Priscila Heringer Cerqueira Pooter
Soraia de Almeida Miranda
Alessandra Correia Marreta
Tiago Batista Cardoso

Coordenação técnica – CNJ

Conselheiro José Eivaldo Rocha
Rotondano
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Jônatas dos Santos Andrade

Revisão de conteúdo – CNJ

Flávia Piovesan
Andrea Vaz de Souza Perdigão
Bruna Nowak

Camila Curado Pietrobelli
Catarina Mendes Valente Ramos
Fernando Uenderson Leite Melo
Isabelle Cristine Rodrigues
Magalhães
Luiz Victor do Espírito Santo Silva
Natália Faria Resende Castro
Vitor Stegemann Dieter

Produção editorial

Lilian Januzzi Vilas Boas
David Duarte Amaral

Revisão de texto e de provas editoriais

Márcia Gutierrez Aben-Athar
Bemerguy
Lúcia Helena Lopes Fachinetto
Mariana de Araújo Alves

Capa e projeto gráfico

Camila Penha Soares
Flávia Carvalho Coelho
Roberto Hara Watanabe

Diagramação

Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares

Ficha catalográfica

Luiza Gallo Pestano
Luciana Araújo Reis
Andréia Cardoso Nascimento

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Direito ao cuidado [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal ; Conselho Nacional de Justiça ; Max Planck Institute ; organização da obra: Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Patrícia Perrone Campos Mello ; coordenação da obra: Melina Girardi Fachin, Patrícia Perrone Campos Mello, Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf ; coordenação institucional do projeto: Aline Rezende Peres Osorio, Adriana Alves dos Santos Cruz, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Patrícia Perrone Campos Mello. -- Brasília : STF: CNJ, 2025.

eBook (276 p.) -- (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos / coordenação: Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Patrícia Perrone de Campos Mello)

Reúne casos paradigmáticos julgados no período compreendido entre 03/12/2008 e o ano de 2024, pelo Plenário do STF e, excepcionalmente, por um julgado pela Segunda Turma do STF, que registram o início da construção jurisprudencial em torno do direito ao cuidado.

Trabalho de cooperação entre o STF, o CNJ e o Max Planck Institute, com apoio da rede de pesquisadores ICCAL.

Modo de acesso: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Cadernos_STF_DireitoCuidado.pdf.

e-ISBN :978-65-6141-060-1.

1. Direitos dos grupos vulneráveis, Brasil. 2. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. I. Piovesan, Flávia. II. Antoniazzi, Mariela Morales. III. Mello, Patrícia Perrone Campos. IV. Fachin, Melina Girardi. V. Rudolf, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. VI. Osorio, Aline Rezende Peres. VII. Cruz, Adriana Alves dos Santos. VIII. Lanfredi, Luís Geraldo Sant'Ana. IX. Título. X. Série.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Corregedoria Nacional de Justiça

Ministro Mauro Campbell Marques

Conselheiros e Conselheiras

Ministro Guilherme Caputo Bastos

José Rotondano

Mônica Nobre

Alexandre Teixeira

Renata Gil

Daniela Madeira

Guilherme Guimarães Feliciano

Pablo Coutinho Barreto

João Paulo Schoucair

Marcello Terto e Silva

Ulisses Rabaneda

Daiane Nogueira de Lira

Rodrigo Badaró

Secretaria-Geral

Adriana Alves dos Santos Cruz

Secretaria de Estratégia e Projetos

Gabriel da Silveira Matos

Diretoria-Geral

Johaness Eck

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Vice-Presidente

Ministro Luiz Edson Fachin

Ministros e Ministra

Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Decano)

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

Ministro José Antonio Dias Toffoli

Ministro Luiz Fux

Ministro Alexandre de Moraes

Ministro Kassio Nunes Marques

Ministro André Luiz de Almeida Mendonça

Ministro Cristiano Zanin Martins

Ministro Flávio Dino de Castro e Costa

Secretaria-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF Sul Quadra 2 Lotes 5/6

Brasília/DF – CEP 70070-600

Endereço eletrônico: cnj.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Praça dos Três Poderes

Brasília/DF – CEP 70175-900

Endereço eletrônico: portal.stf.jus.br

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)

Conselheiro do CNJ e supervisor do DMF

Jose Edivaldo Rocha Rotondano

Coordenação DMF/UMF

Juiz Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juízes Auxiliares da Presidência

Edinaldo Cesar Santos Júnior

João Felipe Menezes Lopes

Jônatas dos Santos Andrade

Diretora Executiva

Renata Chiarinelli Laurino

Diretora de Projetos

Carolina C. B. Cooper

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (UMF)

Coordenador de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Interamericano de DH

Vitor Stegemann Dieter

Coordenadora Científica

Flávia Provesan

Equipe UMF/CNJ

Andréa Vaz de Souza Perdigão

Camila Curado Pietrobelli

Luiz Victor do Espírito Santo Silva

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Secretária-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Chefe de Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenadora de Difusão da Informação

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias

Livia Gil Guimarães

Coordenadora de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Coordenadora da Biblioteca

Luiza Gallo Pestano

Secretária de Comunicação Social

Mariana Araujo de Oliveira

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
BPC	Benefício Assistencial de Prestação Continuada
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CONFENDEN	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
e.g.	<i>exempli gratia</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
IfSG	<i>Infektionsschutzgesetz</i>
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada
LOAS	Lei de Organização da Assistência Social
MC	Medida Cautelar
MEC	Ministério da Educação
Min.	Ministro
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ODM	Objetivo de Desenvolvimento do Milênio
ODS	Objetivo de Desenvolvimento Sustentável

OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PBM	Patient Blood Management
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PSB	Partido Socialista Brasileiro
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Red.	Redator
Ref	Referendo
Rel.	Relator
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SIDH	Sistema Internacional de Direitos Humanos
SM	Salário mínimo
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNODC	UN Office on Drugs and Crime
v.	<i>versus</i>
vs.	<i>versus</i>

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que apresento mais um volume da coleção *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos*, fruto da parceria entre o Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o *Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPIIL) e a Rede ICCAL Brasil, que reúne professores de diferentes universidades brasileiras, das mais diversas regiões do país. A coleção é exemplo de parceria interinstitucional que transcende gestões. Foi iniciada na Presidência do Ministro Luiz Fux, consolidada sob a Presidência da Ministra Rosa Weber e continuada em minha gestão. A expectativa é que siga adiante nas futuras administrações do STF e do CNJ.

Já foram publicados Cadernos de Jurisprudência sobre os direitos: (i) das pessoas LGBTQIAP+, (ii) das mulheres, (iii) da igualdade racial, (iv) dos povos indígenas, (v) das pessoas privadas de liberdade, e (vi) de liberdade de expressão, democracia e novas tecnologias. Essas obras visam divulgar a jurisprudência do STF sobre os casos paradigmáticos e evidenciar o diálogo entre as decisões da Corte, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, outros sistemas internacionais e o direito comparado, na proteção dos direitos humanos e fundamentais. São publicações que contribuem para a compreensão das decisões do Tribunal, destacando seus fundamentos e facilitando seu entendimento.

Este novo volume aborda o Direito ao Cuidado, uma construção relativamente recente na jurisprudência do Tribunal, que envolve múltiplas dimensões de proteção jurídica. Crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e enfermos demandam atenção especial. A responsabilidade pelo cuidado geralmente recai desproporcionalmente sobre mulheres, especialmente sobre mulheres negras e em situação de vulnerabilidade, o que exige políticas públicas redistributivas. O cuidado também abrange auxílios assistenciais para pessoas em extrema pobreza,

deveres do Estado no controle do acesso a armas de fogo e a responsabilidade da imprensa na divulgação de informações que possam afetar a imagem e a honra das pessoas.

Diferentemente dos volumes anteriores, que trataram de direitos já consolidados na jurisprudência do STF, este Caderno mapeia o desenvolvimento inicial de um novo direito e sua construção progressiva. Algumas decisões exploram o tema de forma mais aprofundada, e outras abordam a questão de modo implícito. A seleção adotou um critério amplo, o que resultou em uma obra abrangente, que registra o nascimento e a evolução desse direito na Corte.

Desejo a todos uma leitura proveitosa e, mais do que isso, que esta obra inspire reflexões, decisões e iniciativas sobre o tema em todo o Judiciário brasileiro e entre os operadores do direito.

Ministro **Luís Roberto Barroso**

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

NOTA METODOLÓGICA

O presente Caderno de Jurisprudência seleciona casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que registram o início da construção jurisprudencial em torno do direito ao cuidado. As decisões selecionadas apresentam o diálogo travado entre o STF, os órgãos que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), outros sistemas internacionais de direitos e, em alguns casos, o direito comparado.

Adotaram-se, inicialmente, dois recortes metodológicos: o primeiro relativo ao órgão julgador; o segundo, ao período de julgamento. Quanto ao órgão julgador, estabeleceu-se, em consonância com os demais Cadernos de Jurisprudência já publicados, que apenas decisões julgadas pelo Plenário comporiam o objeto da pesquisa, justamente pela aproximação com o perfil de Corte Constitucional, que cada vez mais se deseja atribuir ao Tribunal. Assim, foram descartadas, portanto, decisões monocráticas, julgamentos ainda não concluídos e julgados das Turmas.

Excepcionalmente, contudo, esse critério foi flexibilizado para assegurar a inclusão, nesta coletânea, do HC nº 143.641, julgado pela Segunda Turma do STF, por se tratar de caso emblemático que discutiu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes, mães de crianças e pessoas com deficiência. Essa decisão reforça o reconhecimento do cuidado como um valor jurídico autônomo em evolução na jurisprudência e evidencia a sua construção progressiva.

O recorte temporal observou o período compreendido entre 03.12.2008, data da decisão do RE 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, e o ano de 2024, uma vez que foi a partir de tal caso que o STF passou a reconhecer *status* supralegal aos tratados internacionais, intensificando-se o diálogo com o SIDH.

A seleção da jurisprudência teve em conta que o direito ao cuidado é um direito emergente cujos contornos ainda não estão plenamente definidos. Adotaram-se, então, como ponto de partida para a presente análise os conceitos utilizados em dois documentos centrais sobre o tema: a Lei Modelo Interamericana de Cuidados, elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA); e a Lei 15.069/2024, que instituiu a Política Nacional de Cuidados no Brasil. A análise jurisprudencial empreendida neste trabalho revela que esse direito já se manifesta na prática e na fundamentação, mesmo quando não invocado nominalmente.

Observadas as balizas acima, procedeu-se à seleção dos julgados. O rol das decisões apresentadas neste Caderno foi composto de quatro etapas. Na primeira etapa, foi realizada uma busca no portal do STF (<http://portal.stf.jus.br/>), nas abas *Jurisprudência* e *Notícias*, combinando-se o verbete “cuidado” com os verbetes “Corte IDH”, “Corte Interamericana de Direitos Humanos”, “Convenção Americana de Direitos Humanos” e “CADH”. Na sequência, efetuou-se pesquisa complementar incluindo a combinação do verbete “diligência” com os verbetes “Nações Unidas” e “ONU”.

Na segunda etapa, ampliou-se o escopo da pesquisa com a inclusão de grupos frequentemente apontados pela doutrina como vinculados a demandas por cuidado. Realizou-se, então, nova pesquisa com a combinação do verbete “cuidado” com os seguintes verbetes: “mãe”, “criança”, “adolescente”, “pessoa com deficiência”, “mulher”, “pai”, “cuidador”, “doméstica”, “doentes”, “profissional da educação infantil” e “profissional da saúde”.

O uso do filtro da aba *Notícias* teve por objetivo catalogar os casos mais emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Foram descartadas decisões puramente processuais, que não apresentassem impacto específico sobre aspectos substantivos do direito ao cuidado. Deu-se preferência àqueles casos em que se constatou a existência de diálogo com sistemas internacionais de direitos humanos, dado que a identificação de tal diálogo constitui uma das preocupações do Caderno.

Após a seleção dos acórdãos, procedeu-se à sua leitura. Optou-se por trabalhar com cada acórdão como uma unidade de análise e, dentro dele, com o voto do relator ou do redator do acórdão como elemento central de exame. Foram coletados e catalogados diversos dados de cada decisão, como fatores de identificação do caso (sigla, número do processo, requerente, relator ou redator e data da decisão), resumo, ementa, tese (sempre que votada expressamente pelo Plenário), trechos da fundamentação do voto do relator ou redator, trechos relacionados aos entendimentos ou normas do SIDH (item que se denominou “diálogo com o SIDH”) e o dispositivo da decisão. Quando a fundamentação da decisão tratava de múltiplos subtemas, as transcrições de trechos foram subdivididas conforme tais subtemas, reproduzidos nos infográficos, a fim de facilitar a consulta.

Ainda no que se refere especificamente ao item “diálogo com o SIDH”, o exame do acórdão foi estendido para além do voto do relator, a fim de identificar alusões a entendimentos e normas efetuadas por outros Ministros, de modo a melhor capturar o diálogo internacional. Entendeu-se que tal excepcionalidade justificava-se porque um dos objetivos dos Cadernos de Jurisprudência é justamente dar destaque a esse diálogo. Eventualmente, selecionaram-se, ainda, nesse item, referências a normas e entendimentos de outros sistemas internacionais, dada a sua permeabilidade recíproca com o SIDH. Essas inclusões, que fazem referências expressas ao diálogo internacional, constituem amostras e, portanto, não exaurem todas as menções efetuadas em todos os votos. Em alguns casos, incluíram-se também referências ao direito comparado, quando muito marcantes na fundamentação dos votos.

Na hipótese de identificação de decisões semelhantes sobre uma mesma temática, foram selecionados um ou mais casos representativos do entendimento pelo critério de riqueza e diversidade da argumentação desenvolvida, relevância atribuída ao entendimento firmado por decisões subsequentes ou pela opinião pública em geral. Optou-se, ainda, por manter casos que apresentavam situações de interseccionalidade com temáticas objeto de outros Cadernos de Jurisprudência, em virtude dos

distintos enfoques que a temática de cada Caderno enseja, bem como dos diferentes interesses específicos dos leitores e pesquisadores a que se dirigem os Cadernos.

Os trechos de votos transcritos no Caderno observaram a ortografia original, conforme as regras vigentes à época em que redigidos. Entretanto, não se reproduziram os grifos constantes de tais votos. A opção teve o propósito de proporcionar maior fluidez à leitura e à diagramação.

Os múltiplos recortes e filtros descritos tiveram o propósito de selecionar casos com base em critérios predominantemente objetivos, que reflitam a prática do Supremo Tribunal Federal na matéria e possam servir como guia para os demais órgãos julgadores, assim como constituir material para os demais operadores do direito, para a comunidade acadêmica, e elemento de informação para a sociedade em geral.

SUMÁRIO

Linha do tempo – O STF e o direito ao cuidado	19
Resumos.....	21
1. Rcl nº 4.374: benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência.....	31
2. RE nº 778.889: equiparação do prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante.....	41
3. ADI nº 5.357 MC-Ref: educação inclusiva como direito fundamental e dever do Estado e da sociedade.....	53
4. RE nº 587.970: concessão de benefício assistencial a estrangeiro residente no Brasil	67
5. HC nº 143.641: possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres gestantes, mães de crianças ou pessoas com deficiência	75
6. ADI nº 5.938: inconstitucionalidade da exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres.....	89
7. RE nº 608.898: inconstitucionalidade da expulsão de estrangeiro com filho brasileiro	99
8. ADI nº 6.590 MC-Ref: Política Nacional de Educação Especial.....	109
9. ADI nº 6.586: vacinação compulsória contra a covid-19	117
10. ADI nº 4.878 e ADI nº 5.083: reconhecimento do “menor sob guarda” como dependente previdenciário	133
11. RE nº 1.008.166 RG/SC: obrigação estatal de garantir vagas em creches e pré-escolas a crianças de zero a cinco anos	141
12. ADI nº 6.327: contagem de termo inicial de licença-maternidade e de salário-maternidade	149
13. RE nº 1.348.854: extensão da licença-maternidade a pai genitor monoparental	159

14. RE 1.237.867: possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público com filho ou dependente portador de deficiência	169
15. ADI nº 6.119: ampliação do acesso a armas de fogo e munições	177
16. RE nº 1.075.412: responsabilidade civil de veículos de imprensa por declarações falsas proferidas por entrevistado	189
17. RE nº 842.844: direito a licença-maternidade e estabilidade provisória para servidora pública contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão.....	199
18. ADO nº 20: mora legislativa na regulamentação da licença-paternidade.....	211
19. RE nº 635.659: descriminalização da aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de maconha para consumo pessoal.....	221
20. RE nº 979.742: direito à liberdade religiosa e o dever de garantia de tratamento médico alternativo	239
21. RE nº 1.211.446: extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva.....	263

SUMÁRIO POR TEMA

Crianças e adolescentes

ADI nº 4.878 e ADI nº 5.083: reconhecimento do “menor sob guarda” como dependente previdenciário 133

RE nº 1.008.166 RG/SC: obrigação estatal de garantir vagas em creches e pré-escolas a crianças de zero a cinco anos.....141

Família

HC nº 143.641: possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres gestantes, mães de crianças ou pessoas com deficiência75

ADO nº 20: mora legislativa na regulamentação da licença-paternidade.....211

RE nº 608.898: inconstitucionalidade da expulsão de estrangeiro com filho brasileiro 99

RE nº 1.348.854: extensão da licença-maternidade a pai genitor monoparental 159

RE 1.237.867: possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público com filho ou dependente portador de deficiência 169

Idoso

Rcl nº 4.374: benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência31

Imprensa

RE nº 1.075.412: responsabilidade civil de veículos de imprensa por declarações falsas proferidas por entrevistado.....189

Mulheres

ADI nº 6.327: contagem do termo inicial de licença-maternidade e de salário-maternidade	149
RE nº 842.844: direito a licença-maternidade e estabilidade provisória para servidora pública contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão	199
RE nº 1.211.446: extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva	263
RE nº 778.889: equiparação do prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante.....	41
ADI nº 5.938: inconstitucionalidade da exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres	89

Pessoa com deficiência

ADI nº 5.357 MC-Ref: educação inclusiva como direito fundamental e dever do Estado e da sociedade.....	53
ADI nº 6.590 MC-Ref: Política Nacional de Educação Especial	109

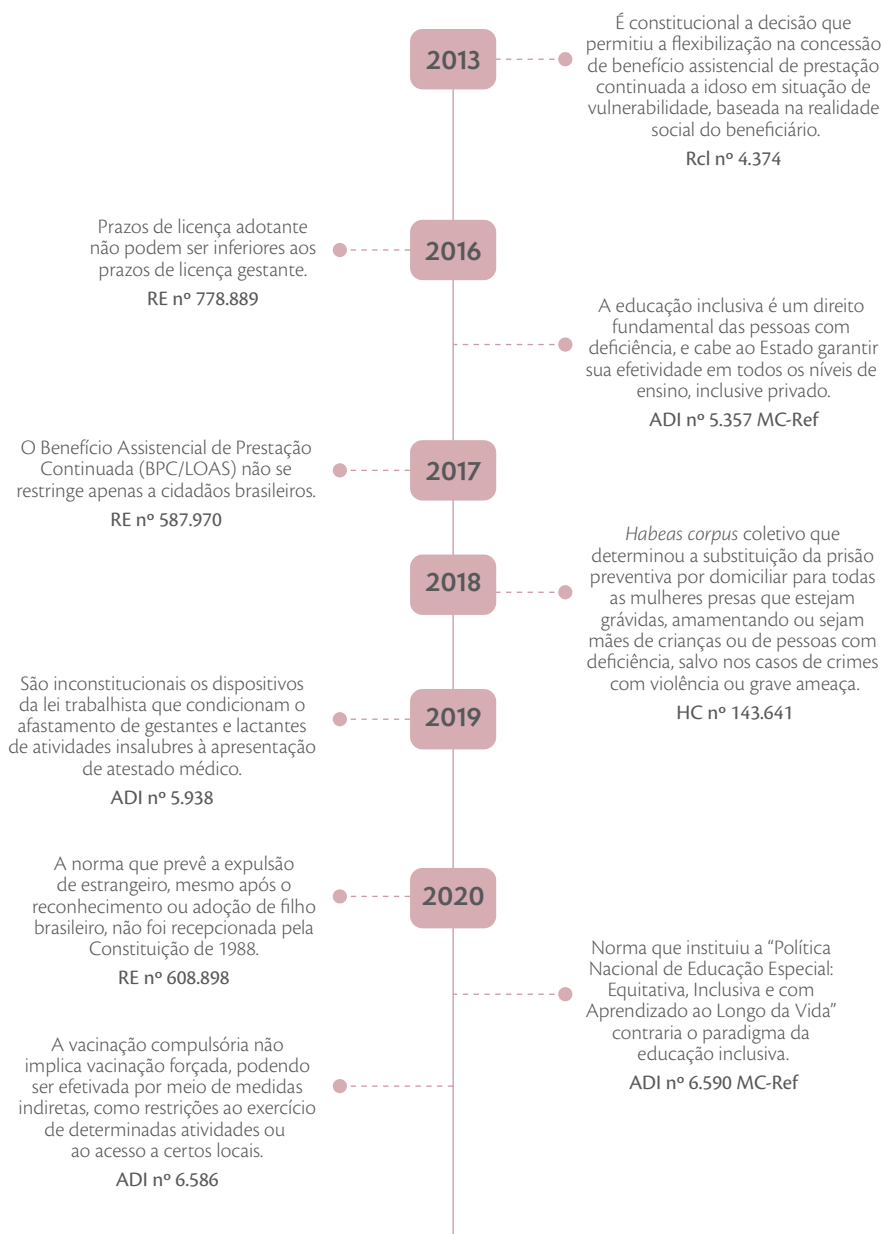
Pessoa economicamente hipossuficiente

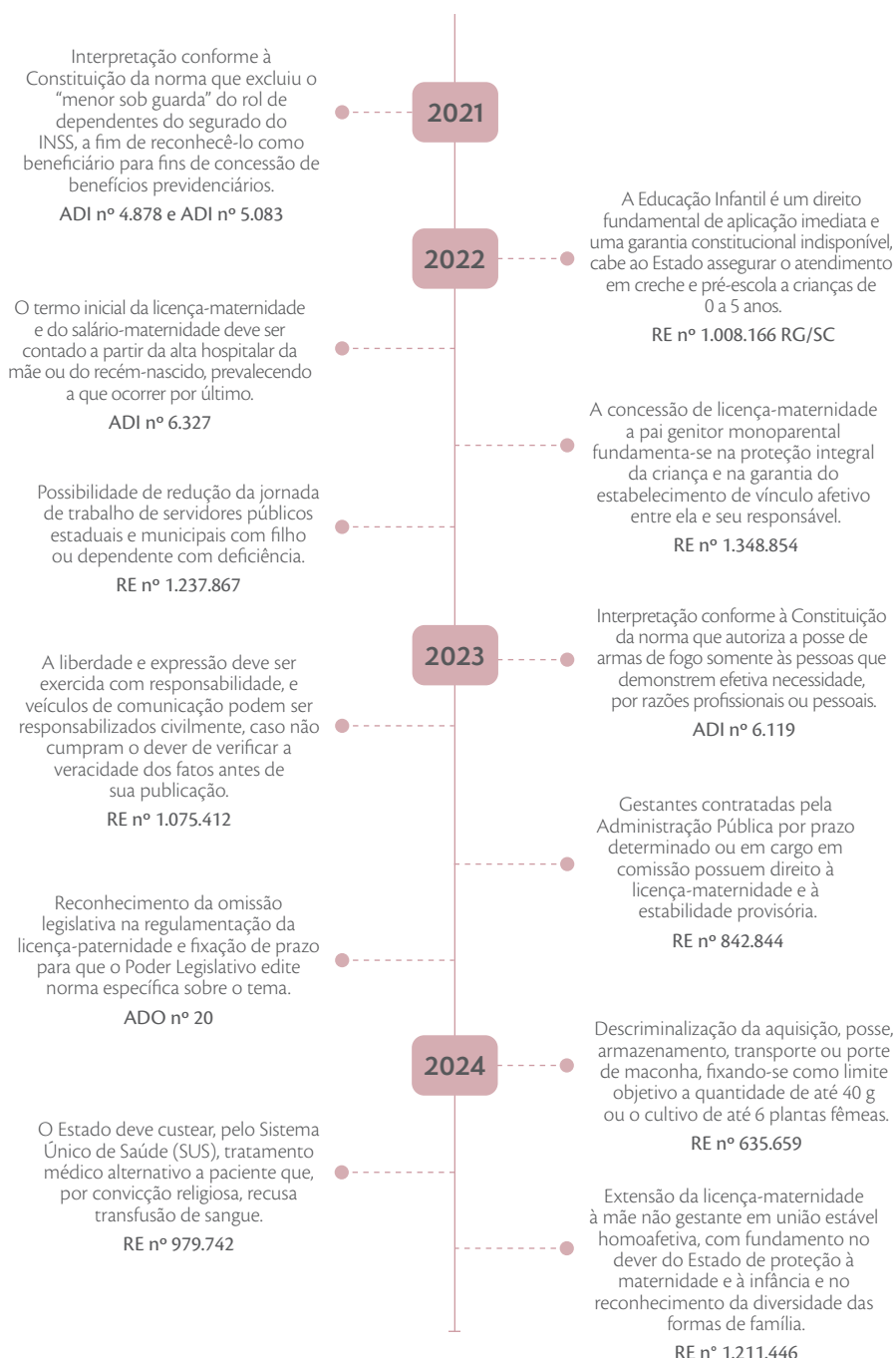
RE nº 587.970: concessão de benefício assistencial a estrangeiro residente no Brasil.....	67
---	----

Saúde e vida

ADI nº 6.586: vacinação compulsória contra a covid-19	117
RE nº 635.659: descriminalização da aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de maconha para consumo pessoal	221
RE nº 979.742: direito à liberdade religiosa e o dever de garantia de tratamento médico alternativo	239
ADI nº 6.119: ampliação do acesso a armas de fogo e munições	177

Linha do tempo – O STF e o direito ao cuidado





Resumos

1. Rcl nº 4.374: benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência

Reclamação (Rcl) constitucional contra decisão que concedeu benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, a idoso em situação de vulnerabilidade. A controvérsia envolve a interpretação de dispositivo da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei 8.742/1993, que fixa o critério objetivo de renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo como requisito para concessão do benefício a pessoas com deficiência ou a idosos. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a reclamação, afastou a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade imediata do dispositivo e permitiu sua aplicação com flexibilização baseada na realidade social do beneficiário.

2. RE nº 778.889: equiparação do prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a equiparação do prazo da licença adotante ao prazo da licença gestante. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e decidiu que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante. A decisão também estabeleceu que não é permitido fixar prazos diferentes de licença com base na idade da criança adotada. O julgado teve por base, entre outros: o direito das crianças à proteção integral (art. 227 da CF/1988), a igualdade entre filhos adotivos e biológicos (art. 227, § 6º, da CF/1988) e o direito das mães à autonomia.

3. ADI nº 5.357 MC-Ref: educação inclusiva como direito fundamental e dever do Estado e da sociedade

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, que questionou dispositivos da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência) quanto à obrigatoriedade de instituições de ensino privadas garantirem a inclusão de alunos com deficiência sem cobrança adicional. Alegou-se que a imposição de medidas inclusivas às escolas privadas geraria custos excessivos e violaria os princípios da livre iniciativa (art. 170 da CF/1988) e do direito à propriedade (art. 5º da CF/1988). O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ação, reconhecendo que a educação inclusiva é um direito fundamental das pessoas com deficiência e que o Estado deve garantir sua efetividade em todos os níveis de ensino, no setor privado inclusive.

4. RE nº 587.970: concessão de benefício assistencial a estrangeiro residente no Brasil

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a possibilidade de concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC/LOAS) a estrangeiros residentes no Brasil (art. 203, V, da CF/1988). O Supremo Tribunal Federal concluiu, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da isonomia (art. 5º da CF/1988) e da solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988), que a Constituição de 1988 não restringe a assistência social apenas a cidadãos brasileiros, assegurando-a a quem dela necessitar.

5. HC nº 143.641: possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres gestantes, mães de crianças ou pessoas com deficiência

Habeas corpus (HC) coletivo impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças sob responsabilidade delas, bem como em benefício das próprias

crianças. Argumentou-se que manter essas mulheres em prisão preventiva sob condições precárias, sem acesso adequado à saúde, e privar seus filhos de um ambiente adequado configura tratamento cruel e degradante, que viola princípios constitucionais da proteção à maternidade e à infância. Além disso, apontou-se que essas violações são sistemáticas, resultantes de falhas estruturais no acesso à Justiça. O Supremo Tribunal Federal determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres sob tais condições, salvo nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes ao negar o benefício. A decisão teve como base o Estatuto da Primeira Infância, as Regras de Bangkok e a necessidade de superar a cultura do encarceramento, garantindo a dignidade de mulheres e crianças.

6. ADI nº 5.938: inconstitucionalidade da exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto a inconstitucionalidade de dispositivos da lei trabalhista que condicionavam o afastamento de gestantes e lactantes de atividades insalubres à apresentação de atestado médico. Segundo a requerente, as normas impugnadas são inconstitucionais por violarem as proteções à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido. Além disso, tais dispositivos são incompatíveis com os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, do bem-estar e justiça sociais e do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos de lei, em atenção à saúde da gestante e do nascituro.

7. RE nº 608.898: inconstitucionalidade da expulsão de estrangeiro com filho brasileiro

Recurso extraordinário (RE) que tem por objeto a constitucionalidade da expulsão de estrangeiro, cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado após o fato moti-

vador do ato expulsório. Discute-se a recepção do art. 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) pela Constituição Federal de 1988. O requerente alega que a proteção da família e da criança não pode sobrepor-se ao interesse soberano do Estado em expulsar estrangeiros considerados nocivos. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário e fixou o entendimento de que o referido dispositivo de lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro na hipótese.

8. ADI nº 6.590 MC-Ref: política nacional de educação especial

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que questiona a constitucionalidade do decreto que instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Argumenta-se que a norma promove a segregação de alunos com deficiência, por incentivar a criação de escolas e classes especializadas, o que viola a dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988), o direito à não discriminação e à proibição de retrocesso em matéria de direitos humanos (art. 3º, IV, da CF/1988), bem como a garantia às pessoas com deficiência de atendimento educacional especializado dentro da rede regular de ensino (art. 208, III, da CF/1988). Alega-se, ainda, desrespeito à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar que suspendeu a eficácia do Decreto, entendendo que referida norma contraria o paradigma da educação inclusiva.

9. ADI nº 6.586: vacinação compulsória contra a covid-19

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto a constitucionalidade do art. 3º, III, *d*, da Lei 13.979/2020, que prevê a possibilidade de vacinação compulsória para enfrentamento da pandemia da covid-19. Alega-se que União, Estados e Municípios têm competência para determinar a vacinação obrigatória, desde que respaldada por evidências científicas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada e pode

ser implementada por medidas indiretas, como restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência a determinados locais. A decisão se baseou no direito à saúde da população, em especial na necessidade de buscar a imunidade de rebanho, com vistas a proteger a coletividade e, principalmente, os mais vulneráveis, contra epidemias.

10. ADI nº 4.878 e ADI nº 5.083: reconhecimento do “menor sob guarda” como dependente previdenciário

Ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs) que têm por objeto norma que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes de segurado do INSS para fins de concessão de benefícios previdenciários. Alega-se violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF/1988) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que asseguram ao menor sob guarda os mesmos direitos previdenciários de um filho biológico. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência da ADI 4.878 e pela procedência parcial da ADI 5.083 para conferir interpretação conforme ao dispositivo questionado, para reconhecer o “menor sob guarda” na categoria de dependentes de benefícios assistenciais do Regime Geral de Previdência Social, desde que comprovada a dependência econômica, conforme o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

11. RE nº 1.008.166 RG/SC: obrigação estatal de garantir vagas em creches e pré-escolas a crianças de zero a cinco anos

Recurso extraordinário (RE) que questiona a obrigação do Estado em assegurar o atendimento, em creche e pré-escola, a crianças de 0 a 5 anos. O recorrido ajuizou mandado de segurança para garantir a matrícula de uma criança em creche pública no Município de Criciúma, no Estado de Santa Catarina. O município recorreu alegando dificuldades orçamentárias e argumentou que o acesso à educação infantil não constitui um direito subjetivo autoaplicável. O Supremo Tribunal

Federal negou provimento ao recurso extraordinário e consolidou o entendimento de que a educação infantil é um direito fundamental de aplicação imediata e uma prerrogativa constitucional indisponível.

12. ADI nº 6.327: contagem de termo inicial de licença-maternidade e de salário-maternidade

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) convertida em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a interpretação dos dispositivos que regulam a licença-maternidade, especificamente o art. 392, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o art. 71 da Lei 8.213/1991. A controvérsia se deu sobre o termo inicial da contagem do prazo da licença-maternidade e do salário-maternidade, em caso de internação prolongada da mãe ou do filho. Decisões judiciais vinham fixando o início do benefício na data do parto, o que reduziria o tempo de convivência entre mães e filhos e comprometeria o aleitamento materno, além de configurar proteção insuficiente de direitos fundamentais, nos casos de mães e bebês internados por períodos prolongados. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a licença-maternidade e o salário-maternidade devem ter como marco inicial a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, com a devida prorrogação dos benefícios.

13. RE nº 1.348.854: extensão da licença-maternidade a pai genitor monoparental

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade a servidor público federal, genitor monoparental de crianças gêmeas, concebidas por meio de técnica de fertilização *in vitro* e gestação por substituição (“barriga de aluguel”). Em primeiro e segundo graus, o direito do servidor à licença-maternidade foi reconhecido, ao fundamento de que o benefício tem o propósito de proteger a criança e de possibilitar a formação de vínculo de afeto entre ela e seu genitor. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso

do INSS e reconheceu o direito do pai solteiro à licença-maternidade, com base na prioridade e proteção integral à criança e na igualdade de deveres para com a prole entre homens e mulheres (art. 227, §§ 5º e 7º, da CF/1988).

14. RE nº 1.237.867: possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público com filho ou dependente portador de deficiência

Recurso extraordinário (RE) com repercussão geral em que se discute a possibilidade de aplicação analógica do art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990, para garantir a redução da jornada de trabalho a servidores públicos estaduais e municipais que sejam responsáveis pelo cuidado de filhos com deficiência, sem necessidade de compensação e sem redução salarial. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser viável a aplicação analógica e estendeu aos servidores públicos estaduais e municipais, para todos os efeitos, o art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990, quando houver omissão legislativa estadual ou municipal, desde que a medida não acarrete aumento de gastos ao erário.

15. ADI nº 6.119: ampliação do acesso a armas de fogo e munições

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto normas que alteram o Estatuto do Desarmamento (Decretos Presidenciais 9.685/2019, 9.785/2019 e 9.845/2019) e ampliam o acesso a armas de fogo e munições. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação parcialmente procedente e declarou inconstitucional os dispositivos que presumiam a necessidade de porte de armas para residentes em áreas violentas e reduziam o controle sobre aquisição e registro, com base nos direitos constitucionais à vida e à segurança. Fixou, ainda, interpretação conforme à Constituição, segundo a qual a posse de armas de fogo só pode ser autorizada às pessoas que demonstrem concretamente, por razões profissionais ou pessoais, possuírem efetiva necessidade.

16. RE nº 1.075.412: responsabilidade civil de veículos de imprensa por declarações falsas proferidas por entrevistado

Recurso extraordinário (RE) contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o dever de indenizar da empresa jornalística, pela publicação de entrevista que imputava a prática de crime a um terceiro absolvido da imputação pela Justiça. O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação e reconheceu que a liberdade de imprensa deve ser exercida com responsabilidade e que os veículos de comunicação podem ser responsabilizados civilmente, caso não verifiquem a veracidade dos fatos antes de sua publicação.

17. RE nº 842.844: direito à licença-maternidade e estabilidade provisória para servidora pública contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão

Recurso extraordinário (RE) com repercussão geral, em que se questiona decisão do Tribunal de Justiça local, que garantiu a servidora pública contratada por prazo determinado os direitos à licença-maternidade e à estabilidade provisória, ao fundamento de se tratar de contratação precária. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso e ressaltou que as gestantes contratadas pela administração pública por prazo determinado ou em cargo em comissão têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez e até cinco meses após o parto.

18. ADO nº 20: mora legislativa na regulamentação da licença-paternidade

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) que tem por objeto o reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional na regulamentação da licença-paternidade (art. 7º, XIX, da CF/1988), ensejando proteção deficiente ao referido direito social. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional e destacou que a licença-paternidade com prazo ade-

quando é essencial para a igualdade de gênero, bem como para a proteção da infância e da família. Fixou-se, ainda, o prazo de 18 meses para que o Legislativo regulamentasse a questão, sob pena de o próprio STF deliberar sobre o tema.

19. RE nº 635.659: descriminalização da aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de maconha para consumo pessoal

Recurso extraordinário (RE) em que se discute se a posse de pequenas quantidades de maconha para uso pessoal deve ser considerada crime. No caso, o recorrente foi condenado à pena de prestação de 2 meses de serviços à comunidade por portar 3 g de maconha para consumo próprio. O recorrente sustenta que: i) a criminalização do consumo pessoal de drogas viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/1988); e ii) o porte de drogas para uso pessoal não afronta a saúde pública, mas tão somente a saúde pessoal do usuário, e é mero exercício legítimo da autonomia privada. O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, descriminalizar o porte de maconha para consumo pessoal e declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 apenas em relação à *cannabis sativa*. O Tribunal estabeleceu um limite objetivo de 40 g ou até 6 plantas fêmeas para diferenciar usuários de traficantes, até que o Congresso Nacional regulamente a matéria.

20. RE nº 979.742: direito à liberdade religiosa e o dever de garantia de tratamento médico alternativo

Recurso extraordinário (RE) contra decisão que determinou ao Estado a obrigação de custear tratamento médico alternativo para paciente que recusava receber transfusão de sangue por motivos de convicção religiosa. O paciente, residente em Manaus, solicitou a realização de cirurgia ortopédica em hospital credenciado pelo SUS em São Paulo, onde o procedimento poderia ser feito sem a transfusão de sangue. Discute-se se o direito à liberdade religiosa justifica o custeio, pelo poder público, de tratamento médico alternativo compatível com as convicções

religiosas do paciente, incluindo despesas de locomoção, quando o tratamento não estiver disponível na rede pública de saúde do seu domicílio. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso da União e fixou tese determinando que as pessoas que professam a religião Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, têm o direito de recusar transfusão de sangue e de receber tratamento médicos alternativos disponíveis no Sistema Único de Saúde, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade de religião.

21. RE nº 1.211.446: extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva

Recurso extraordinário (RE) em que discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade a mãe não gestante que convive em união estável homoafetiva. A recorrida, servidora pública municipal, solicitou a licença, sob o argumento de que sua companheira, que gestou a criança, não possuía vínculo previdenciário e precisaria retornar ao trabalho. O município negou o pedido alegando falta de previsão legal para concessão do benefício à mãe não gestante. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, com base no dever estatal de proteção à maternidade e à infância, bem como no reconhecimento da pluralidade de tipos de família acolhidos pela Constituição.

1. Rcl nº 4.374: benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência¹

1.1 Identificação do caso

Rcl nº 4.374

Reclamante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS

Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 18.04.2013

1.2 Resumo

Reclamação (Rcl) constitucional contra decisão que concedeu benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, a idoso em situação de vulnerabilidade. A controvérsia envolve a interpretação de dispositivo da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei 8.742/1993, que fixa o critério objetivo de renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo como requisito para concessão do benefício a pessoas com deficiência ou a idosos. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a reclamação, afastou a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade imediata do dispositivo e permitiu sua aplicação com flexibilização baseada na realidade social do beneficiário.

¹ A despeito de o RE nº 580.963 ter flexibilizado o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para o BPC, a Rcl nº 4.374 apresenta fundamentação mais aprofundada sobre a “inconstitucionalização progressiva” do critério de renda, razão pela qual optou-se pela sua inclusão nesta obra.

1.3 Ementa

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário-mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que ‘considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo’.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato.

Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação.

O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade.

Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de

Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

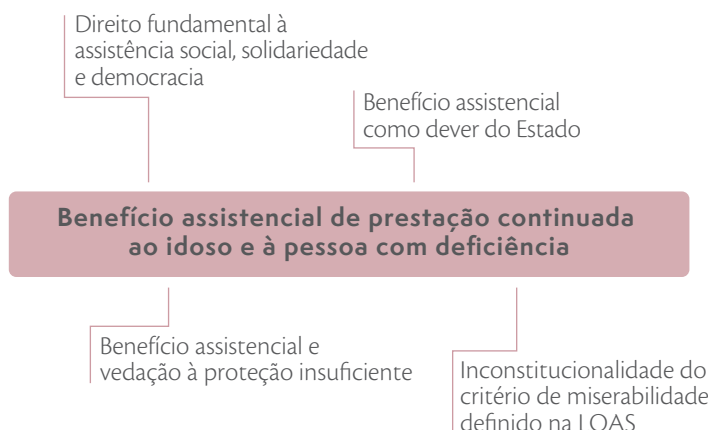
5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.”

1.4 Tese

Não houve fixação de tese.

1.5 Fundamentação



Direito fundamental à assistência social, solidariedade e democracia

“A norma constitucional do art. 203, V, da Constituição foi introduzida no constitucionalismo brasileiro no bojo de uma ambiciosa agenda social instituída pela Constituição de 1988, a chamada ‘Constituição Cidadã’. A ênfase em uma agenda social está estampada logo no início da Carta Constitucional. No artigo 3º, a Constituição declara que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Tem-se uma Carta que, ao lado das disposições tradicionais sobre o modelo democrático, consagra um amplo catálogo garantidor dos direitos individuais, e incorpora um número elevado de direitos sociais. A Constituição consagra, entre direitos de perfil fortemente programático, o direito a um salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), e à assistência social para todos aqueles que dela necessitarem (art. 203).

Assim, a assistência social (art. 203) compõe o extenso rol de promessas de democracia substantiva proclamadas na Carta de 1988. Como se sabe, a Constituição de 1988, aprovada num contexto econômico e social difícil (a inflação acumulada do ano de 1988 foi de 1.037,56%), faz uma clara opção pela democracia e uma sonora declaração em favor da superação das desigualdades sociais. O novo modelo constitucional claramente buscou superar, institucionalmente, o modelo de democracia meramente formal ao qual nós estávamos acostumados no passado. Tentava-se, também pela via da constitucionalização de direitos sociais, e da criação de instrumentos de judicialização dessas pretensões de caráter positivo, superar o quadro de imensas desigualdades acumuladas ao longo dos anos. [...].”

Benefício assistencial como dever do Estado

“Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário-mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao

Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. [...]"

Benefício assistencial e vedação à proteção insuficiente

"A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional.

Tendo em vista o direito fundamental ao benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, parece sensato considerar a omissão legislativa parcial no tocante ao § 3º do art. 20 da LOAS. O próprio histórico da concessão judicial desse benefício, tal como acima apresentado, demonstra cabalmente a insuficiência da LOAS em definir critérios para a efetividade desse direito fundamental. E, como já demonstrado, a omissão legislativa foi verificada pelo próprio Tribunal no julgamento da ADI 1.232."

Inconstitucionalidade do critério de miserabilidade definido na LOAS

"Na ADI 1.232, como visto, o Tribunal decidiu que o critério definido pelo § 3º do art. 2º da LOAS não padecia, por si só, de qualquer inconstitucionalidade. Haveria omissão legislativa quanto a outros critérios, mas

aquele único critério já definido pela lei não continha qualquer tipo de violação à norma constitucional do art. 203, V, da Constituição.

A decisão do Tribunal foi proferida no ano de 1998, poucos anos após a edição da LOAS (de 1993), num contexto econômico e social específico. Na década de 1990, a renda familiar *per capita* no valor de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo foi adotada como um critério objetivo de caráter econômico-social, resultado de uma equação econômico-financeira levada a efeito pelo legislador tendo em vista o estágio de desenvolvimento econômico do país no início da década de 1990.”

“Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para $\frac{1}{2}$ do salário-mínimo o valor padrão da renda familiar *per capita* [...]”

“Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de $\frac{1}{2}$ salário-mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.”

“[...] além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que

é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).”

“Proponho, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal, no bojo da presente reclamação, revise a decisão anteriormente proferida na ADI 1.232 e declare a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS), sem pronúncia da nulidade, de forma a manter-se a sua vigência até o dia 31 de dezembro de 2014. Nesse ponto, ressalte-se, novamente, que a recente Lei 12.435/2011 não alterou a redação original do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993.”

1.6 Diálogo entre o STF e o SIDH

Não houve diálogo.

1.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria: conhecer da reclamação, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa; no mérito, julgar improcedente, vencido o ministro Teori Zavascki, nos termos do voto do Relator.”

2. RE nº 778.889: equiparação do prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante

2.1 Identificação do caso

RE nº 778.889

Recorrente: Mônica Correia de Araújo

Recorrida: União

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso

Julgamento: 10.03.2016

2.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a equiparação do prazo da licença adotante ao prazo da licença gestante. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e decidiu que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante. A decisão também estabeleceu que não é permitido fixar prazos diferentes de licença com base na idade da criança adotada. O julgado teve por base, entre outros: o direito das crianças à proteção integral (art. 227 da CF/1988), a igualdade entre filhos adotivos e biológicos (art. 227, § 6º, da CF/1988) e o direito das mães à autonomia.

2.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de

menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

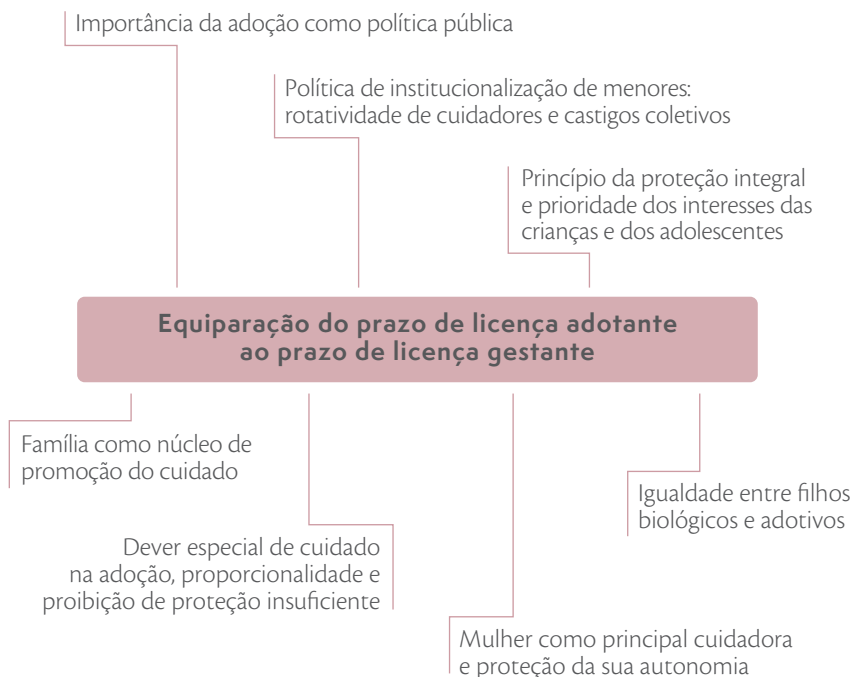
7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.’”

2.4 Tese

“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.”

2.5 Fundamentação



Importância da adoção como política pública

“3. Mais recentemente, a adoção passou a ser tratada não apenas como uma forma de acudir os interesses dos casais inférteis, mas também como uma forma relevante – ainda que excepcional (ao menos idealmente) – de inserção da criança e do adolescente em uma família substituta. Na prática, ela se tornou, gradativamente, uma política pública prioritariamente voltada para atender os interesses do adotado. Merece registro o fato de que, nos últimos anos, superando preconceitos de naturezas diversas, a jurisprudência passou a legitimar inclusive as adoções por casais homossexuais².”

² STF, RE 846.102, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.03.2015, *DJe*, 18.3.2015; STJ, REsp 1.281.093, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012, *DJe*, 04.02.2013; TJRS, AC 70.013.801.592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006, *DJ*, 12.04.2006.

Política de institucionalização de menores: rotatividade de cuidadores e castigos coletivos

“6. A institucionalização de tais menores acrescentou à infância pobre – muitas vezes já marcada pela subabitação, pela desnutrição e pelos maus-tratos – um novo trauma: a separação da família e da comunidade de origem. Nos abrigos, internatos e orfanatos, as crianças eram entregues a um tratamento impessoal, marcado pela alta rotatividade de cuidadores, com os quais dificilmente chegavam a desenvolver um vínculo individualizado. Grande parte dos menores perdia o contato com seus parentes e era submetida, com frequência, a uma orientação massificada de castigos coletivos, de práticas educativas baseadas em ameaças e em punições corporais. No lugar do amor e do cuidado, as crianças carentes e institucionalizadas experimentavam a violência.”

Princípio da proteção integral e prioridade dos interesses das crianças e dos adolescentes

“12. A história da proteção à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988. A nova Carta estabelece uma ruptura com o regime anterior. Define como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). E compromete-se com a tutela do indivíduo e de seu valor intrínseco como um fim em si mesmo, afastando qualquer possibilidade de sua instrumentalização em favor dos interesses da comunidade. Nas novas circunstâncias, deixa de ser concebível lançar mão de políticas públicas voltadas à infância com o propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública. Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento.

13. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança todos os direitos necessários ao seu adequado

desenvolvimento, assentando os princípios da proteção integral e da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes. [...]"

"14. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra 'prioridade', a precedência em abstrato e 'prima facie' dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas³. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia⁴. [...]"

"39. Ficou claro, da exposição desenvolvida até aqui, que a Constituição de 1988 produziu uma profunda ruptura com a legislação repressiva e excludente dos direitos do menor carente, que a precedeu. Alteram-se, com a nova Carta: o valor reconhecido à pessoa, vista, em sua dignidade, como um fim em si mesma; o alcance conferido à proteção à infância e à juventude, em razão da vulnerabilidade de seres em formação; a função da família, como instrumento para a sua realização; e o propósito do Direito de Família, voltado a assegurá-la. Para que não houvesse dúvida, vedou-se, ainda, de forma expressa, o tratamento desigual entre filhos biológicos e adotivos."

"42. Assim, observado tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade do

³ BITTENCOURT, Sávio. A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, [s.a.], p. 148 e ss; BITTENCOURT, Sávio. A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito⁵.”

Família como núcleo de promoção do cuidado

“15. O artigo 227 da Constituição expressa, ainda, a funcionalização do conceito de família. A família passa a ser compreendida como o *locus* do afeto e do companheirismo. Passa a ser tutelada como meio essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início.”

Igualdade entre filhos biológicos e adotivos

“18. O art. 227 e seus parágrafos determinam, ainda, ao Poder Público que estimule o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, procurando afastar a opção pela institucionalização. Por fim, o § 6º do mesmo dispositivo garante, expressamente, aos filhos biológicos e adotivos, os mesmos direitos, vedando qualquer discriminação entre eles. [...]”

⁵ Sobre o tema, já observei: “A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito” [BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165].

Dever especial de cuidado na adoção, proporcionalidade e proibição de proteção insuficiente

“44. Crianças adotadas, não raro, têm em seu histórico: experiências pré-natais adversas à saúde, períodos prolongados em unidades neonatais, cuidados inadequados, abuso físico, psíquico ou sexual, perdas e separações. Esses fatores, a privação do contato do menor com a mãe nos primeiros meses de vida, ou em momentos críticos de seu desenvolvimento, e a institucionalização por períodos prolongados (que, infelizmente, ainda é uma realidade no Brasil)⁶ podem produzir efeitos altamente comprometedores da capacidade da criança de estabelecer laços afetivos saudáveis com os pais adotivos e de adaptar-se à nova família.”

“46. Tais estudos noticiam, ainda, que crianças adotadas têm maior probabilidade – em alguns casos, o dobro da probabilidade – de demandar cuidados especiais quanto à saúde, quando comparadas com crianças não adotadas⁷. E, eventualmente, este aspecto só é identificado com a sua chegada à nova família, quando se descobrem que os menores são portadores de patologias para as quais não foram testados ou até de patologias para as quais foram testados e supostamente tiveram resultados negativos.”

“50. Ora, se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães.

⁶ BITTENCOURT, Sávio. A Nova Lei de Adoção. Op. cit., p. 7.

⁷ A título de ilustração, v. National Survey of Adoptive Parents, U.S. Department of Health and Human Services, dados coletados entre 2007 e 2008. Disponível em: <http://aspe.hhs.gov/basic-report/national-survey-adoptive-parents-nsap>. Acesso em: 20 out. 2015. Não se obteve acesso a pesquisas nacionais com semelhante grau de detalhamento.

51. No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso⁸. Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada a e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados⁹.

52. Ora, não há dúvida de que a estipulação de uma licença maternidade menor para as servidoras, em caso de adoção (em contraste com a licença-gestante), e que o fato de tal prazo ser escalonado de forma inversamente proporcional à idade das crianças adotadas, deixa de promover a adequada tutela do menor e, por outro lado, não promove qualquer interesse constitucional legítimo. Não atende, portanto, ao subprincípio da adequação. É, na verdade, um equívoco decorrente de uma má-compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas nos processos de adoção.”

“54. Além disso, o Estado tem, para com as crianças carentes e institucionalizadas, uma dívida moral, quer em decorrência das políticas de combate à pobreza que não realizou, quer em virtude das políticas públicas inadequadas que agravaram os problemas da infância

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Rio de Janeiro: Forum, 2013, p. 480-483.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

pobre com a institucionalização¹⁰. A tarefa não realizada pelo Estado é assumida pela família-adotante. O mínimo que o Poder Público pode fazer por estas famílias e por estas crianças é conferir-lhes condições adequadas de adaptação e superação.”

Mulher como principal cuidadora e proteção da sua autonomia

“56. [...] Os desafios da família que adota uma criança não são pequenos, mas, devido a razões culturais, o membro da família mais onerado pela experiência é a mulher. E o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é, por si só, sinal da naturalização da desigualdade e do estigma.

57. A mãe-adotante que é, em regra, a principal cuidadora da criança, tem uma enorme tarefa pela frente com a adoção. A chegada da criança produz um substancial impacto sobre a sua vida, que passa a girar em torno da saúde, das dores, das dificuldades do filho. Ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa.”

“61. Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda

¹⁰ De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada – IPEA, realizado aproximadamente 16 anos após a promulgação da Constituição de 1988, tendo por objeto exclusivamente instituições de acolhimento que recebiam verbas federais, 24,1% das crianças que viviam em instituições ali se encontravam por carência de recursos materiais, 18,8% por abandono pelos pais ou responsáveis, 11,6% por violência doméstica. E a pobreza ainda era a principal causa de institucionalização. 41,8% dos institucionalizados não tinham qualquer contato com suas famílias de origem. 52,6% das crianças vivia há mais de 2 anos nos abrigos. Quase 20% das crianças viviam em instituições por mais de 6 anos. V. Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC. SILVA, Enid Rocha [coord.], Brasília, 2004, p. 35. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481. Acesso em: 20 out. 2015. Em sentido diverso, afirmando que os principais fatores de institucionalização eram, em primeiro lugar, o alcoolismo, seguido do uso de drogas, da violência física e sexual, da miséria, da doença, da ausência dos pais por cumprimento de pena, na maioria dos casos, por tráfico ou homicídio. V. ORIONTE, Ivana; SOUZA, Sônia Margarida Gomes. O significado do abandono para crianças institucionalizadas. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 11, n. 17, p. 29-46, jun. 2005.

e qualquer licença maternidade. Por idênticos fundamentos, são nulas as normas que diferenciaram entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades.”

2.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais

Voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso: “A compreensão da especificidade da infância e da necessidade de estabelecer regras para tutelá-la é relativamente recente na história do Ocidente. Foi alcançada apenas no século XX, como produto dos avanços da medicina, das ciências jurídicas, pedagógicas e psicológicas. No âmbito internacional, com o final da Segunda Guerra Mundial, e tendo em vista a necessidade de prestar assistência a um grande contingente de crianças órfãs ou separadas de seus pais, a atenção sobre as crianças entrou na agenda dos países. A partir de então, produziram-se relevantes declarações e convenções internacionais voltadas à tutela da infância, entre as quais destacam-se: i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 25.2), ii) a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (que afirmou o princípio do interesse superior da criança, como princípio norteador das ações do Estado na matéria); e iii) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1989 (que reafirmou tal princípio).”¹¹

“59. Não por acaso a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher determina que os Estados devem adotar medidas destinadas a proteger a maternidade, com o propósito de assegurar a igualdade entre homens e mulheres, bem como de forma a possibilitar o pleno desenvolvi-

¹¹ O trecho citado encontra-se na nota de rodapé 2 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

mento das potencialidades da mulher e a sua participação, em condições idênticas, na vida política, social, econômica e cultural de seu país¹².”

2.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, acordam em, apreciando o tema 782 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, para reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação [...]”

¹² Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: “Artigo 3º. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. (...). Artigo 11. (...). 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para: (...) b) Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antigüidade ou benefícios sociais; (...)”.

3. ADI nº 5.357 MC-Ref: educação inclusiva como direito fundamental e dever do Estado e da sociedade

3.1 Identificação do caso

ADI nº 5.357 MC-Ref

Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENDEN

Interessados: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 09.06.2016

3.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, que questionou dispositivos da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência) quanto à obrigatoriedade de instituições de ensino privadas garantirem a inclusão de alunos com deficiência sem cobrança adicional. Alegou-se que a imposição de medidas inclusivas às escolas privadas geraria custos excessivos e violaria os princípios da livre iniciativa (art. 170 da CF/1988) e do direito à propriedade (art. 5º da CF/1988). O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ação, reconhecendo que a educação inclusiva é um direito fundamental das pessoas com deficiência e que o Estado deve garantir sua efetividade em todos os níveis de ensino, no setor privado inclusive.

3.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

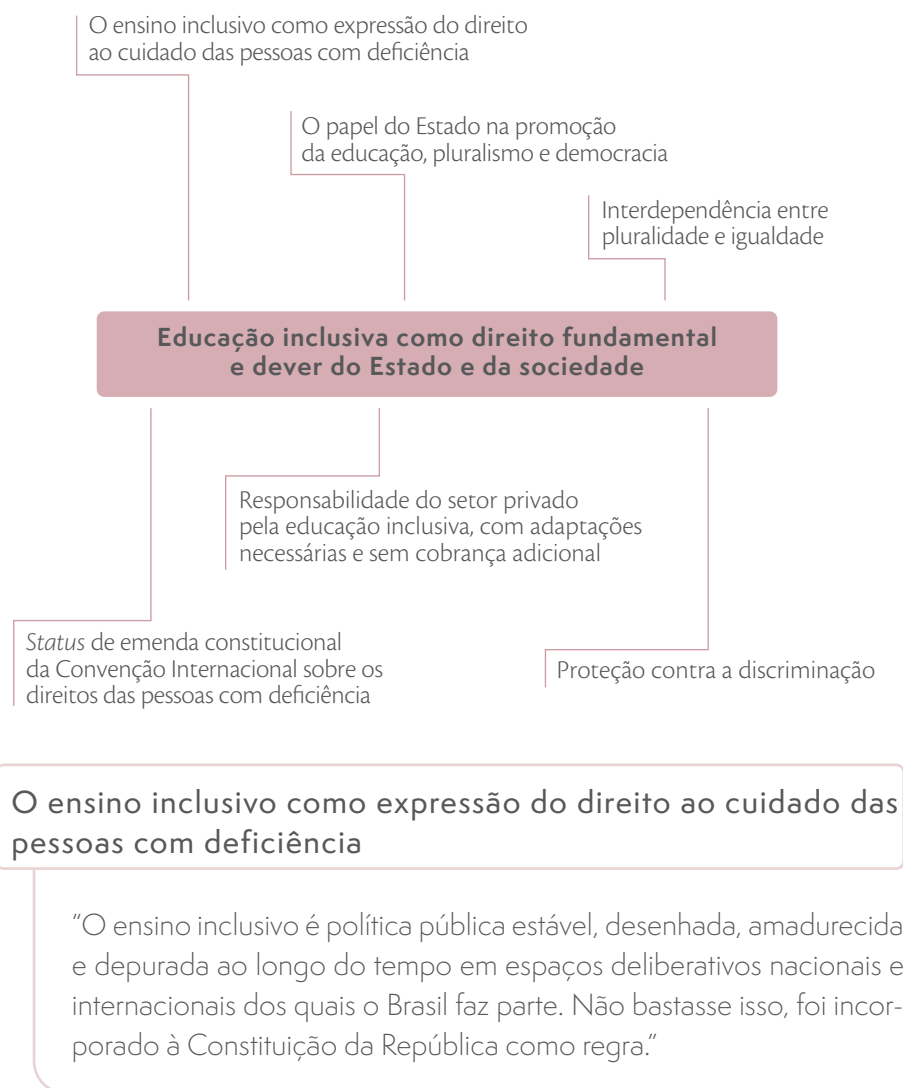
8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.”

3.4 Tese

Não houve fixação de tese.

3.5 Fundamentação



O papel do Estado na promoção da educação, pluralismo e democracia

“A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade – de pessoas, credos, ideologias, etc. – é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade.”

Interdependência entre pluralidade e igualdade

“Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.

Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.”

Status de emenda constitucional da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência

“Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos

e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.”

Responsabilidade do setor privado pela educação inclusiva, com adaptações necessárias e sem cobrança adicional

“Se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência somente a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional.

A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.”

“A Lei nº 13.146/2015 parece justamente assumir esse compromisso ético de acolhimento quando exige que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.”

Proteção contra a discriminação

“É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).”

“Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.”

“[...]. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.”

3.6 Diálogo entre o STF e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.

É imprescindível, portanto, a análise do art. 24 da Convenção, que dispõe:

Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.'

Ou seja, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. [...]”

Voto da Ministra Rosa Weber: “Os preceitos legais indigitados em absoluto destoam, também na minha ótica, do texto constitucional, considerada notadamente a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, nos moldes do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República (Decreto Legislativo nº 186/2008), a lhe conferir o *status* de emenda constitucional.

Esse documento internacional, incorporado com envergadura constitucional, repito, a nosso ordenamento jurídico, reafirma o conceito social de deficiência – adotado, pela primeira vez, no Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, lançado pela ONU em 1983¹³ –, ao estabelecer que as pessoas com deficiência são ‘aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas’ (Art. 2). Tal conceito foi deslocado do tradicional viés biomédico para o viés biopsicossocial, a exigir significativo empenho de todos para a desconstrução das concepções até então cristalizadas no meio social. A deficiência, nesse conceito em evolução – consoante afirmado pela Convenção –, passa a ser compreendida como resultante da interação entre os referidos impedimentos e as barreiras obstrutivas da participação social. Cabe a toda a sociedade, então, empreender esforços para que essa interação seja positiva e capaz de propiciar a plena e efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]”

¹³ MAIOR, Izabel de Loureiro. Quem são as pessoas com deficiência: novo conceito trazido pela Convenção da ONU. Disponível em: < <https://www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao20/data/document.pdf> <http://www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao20/data/document.pdf> >. Acesso em 11.03.2016.

“Nessa perspectiva a Convenção impõe, aos Estados Partes, no artigo 24, que assegurem ‘sistema educacional inclusivo em todos os níveis’, a fim de efetivar o direito das pessoas com deficiência à educação, ‘sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades’, bem como que garantam que ‘As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência’. Defendeu-se, nos debates que nortearam as disposições desse artigo, ‘o primado de que crianças, jovens e adultos com deficiência devem estudar em escolas comuns, regulares, [...] sem discriminação e em igualdade de condições com as demais pessoas’¹⁴.”

[...]

“Nas observações finais acerca do relatório do Brasil a respeito da implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Comitê respectivo afirmou, relativamente ao indigitado artigo 24:

‘(...) 44. O Comitê está preocupado que a matrícula de crianças com deficiência seja recusada em escolas, ou que sejam cobradas taxas extras. Além disso, o Comitê está preocupado com a falta de acomodação razoável e de ambientes escolares acessíveis no sistema de ensino regular.

45. O Comitê recomenda que o Estado Parte intensifique seus esforços com alocações adequadas de recursos para consolidar um sistema educacional inclusivo de qualidade. Também recomenda a implementação de um mecanismo para proibir, monitorar e sancionar a discriminação com base na deficiência nos sistemas de ensino público e privado, e para fornecer acomodações razoáveis e acessibilidade em todas as instalações educacionais’¹⁵

¹⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96. Acesso em 20.6.2016.

¹⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/relatorio-do-comite-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-traduzido-em-portugues>>. Acesso em 11.03.2016, negrito no original, sublinhei.

Essas recomendações, a orientarem as ações do Estado brasileiro na temática, bem evidenciam que eventual acolhimento da inconstitucionalidade alegada na presente ação implicaria claro distanciamento do propósito da Convenção – a que Brasil se obrigou ao ratificá-la –, de ‘promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente’.

Afastar, pois, das escolas privadas, como pretendido na ação, o dever de assegurar os meios e recursos necessários à educação de todos, indistintamente e sem cobrança de valores extraordinários, significaria abrir mão da obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro de garantir um sistema educacional inclusivo.”

“Esses conceitos e as diretrizes mundiais para a inclusão acham-se insculpidos na Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais, de 1994, e na Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência – Convenção da Guatemala, de 1999, entre outros documentos que influenciaram as políticas públicas de educação inclusiva no Brasil.”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “18. No relatório preparado para a UNESCO (Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, Educação: um tesouro a descobrir), Jacques Delors e outros estudiosos destacaram:

‘Dado que oferecerá meios, nunca antes disponíveis, para a circulação e armazenamento de informações e para a comunicação, o próximo século submeterá a educação a uma dura obrigação que pode parecer, à primeira vista, quase contraditória. A educação deve transmitir, de fato, de forma maciça e eficaz, cada vez mais saberes e saber-fazer evolutivos, adaptados à civilização cognitiva, pois são as bases das competências do futuro. Simultaneamente, compete-lhe encontrar e assinalar as referências que impeçam as pessoas de ficar submergidas nas ondas de informações, mais ou menos efêmeras, que invadem os espaços públicos e privados e as

levem a orientar-se para projetos de desenvolvimento individuais e coletivos. À educação cabe fornecer, de algum modo, os mapas de um mundo complexo e constantemente agitado e, ao mesmo tempo, a bússola que permita navegar através dele.

(...)

Para poder dar resposta ao conjunto das suas missões, a educação deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens para cada indivíduo, os pilares do conhecimento: aprender a conhecer, isto é adquirir os instrumentos da compreensão; aprender a fazer, para poder agir sobre o meio envolvente; aprender a viver juntos, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; finalmente aprender a ser, via essencial que integra as três precedentes. É claro que estas quatro vias do saber constituem apenas uma, dado que existem entre elas múltiplos pontos de contato, de relacionamento e de permuta' (p. 89-90)."

"Considerando-se que 'a educação tem por missão, por um lado, transmitir conhecimentos sobre a diversidade da espécie humana e, por outro, levar as pessoas a tomar consciência das semelhanças e da interdependência entre todos os seres humanos do planeta' (DELORS, Jaques, *et al.* Educação: um tesouro a descobrir – relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1998. p. 97), parece certo concluir ser a educação inclusiva fundamental para a promoção do pluralismo e do direito à diferença, especialmente porque 'quando as crianças têm necessidades específicas que não podem ser diagnosticadas ou satisfeitas no seio da família, é à escola que compete fornecer ajuda e orientação especializadas de modo a que possam desenvolver os seus talentos, apesar das dificuldades de aprendizagem e das deficiências físicas' (DELORS, Jaques, *et al.* Educação: um tesouro a descobrir – relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1998. p. 130).

20. Cumpre lembrar que o direito à educação das pessoas com deficiência decorre da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição da República de 1988, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, adotados em 30 de março de 2007, internalizados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 6.949/2009, com aprovação por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008.

O art. 24 desse ato internacional salvaguarda o princípio da igualdade no acesso ao sistema educacional pelas pessoas com deficiência e exige dos Estados a garantia de um ‘sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida’ (art. 24, 1): [...]”

“21. A educação inclusiva também foi tratada na Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Práticas na área das necessidades educativas especiais (1994). Esse documento internacional, do qual o Brasil é signatário, define compeler aos Estados a ‘adotar como matéria de lei ou como política o princípio de educação inclusiva, admitindo todas as crianças nas escolas regulares, a não ser que haja razões que obriguem a proceder de outro modo’ (item 3).”

3.7 Dispositivo da decisão

“Relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade, em converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que a julgava parcialmente procedente. [...]”

4. RE nº 587.970: concessão de benefício assistencial a estrangeiro residente no Brasil

4.1 Identificação do caso

RE nº 587.970

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese

Relator: Ministro Marco Aurélio

Julgamento: 20.04.2017

4.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a possibilidade de concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC/LOAS) a estrangeiros residentes no Brasil (art. 203, V, da CF/1988). O Supremo Tribunal Federal concluiu, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da isonomia (art. 5º da CF/1988) e da solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988), que a Constituição de 1988 não restringe a assistência social apenas a cidadãos brasileiros, assegurando-a a quem dela necessitar.

4.3 Ementa

“ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social

prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais.”

4.4 Tese

“Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais.”

4.5 Fundamentação

Princípio da dignidade humana e solidariedade

Concessão de benefício assistencial a estrangeiro residente no Brasil

Dever estatal de cuidado,
mínimo existencial e democracia

Princípio da dignidade humana e solidariedade

“Como, então, deve ser percebida a cláusula constitucional ‘a assistência social será prestada a quem dela necessitar’? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção àqueles incapazes de garantir a subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Esses elementos fornecem base para interpretação adequada do benefício assistencial estampado no Documento Básico.”

“Como ‘valor intrínseco’, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo categórico kantiano: ‘age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio’. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano, independentemente das escolhas, situação pessoal ou origem.”

Dever estatal de cuidado, mínimo existencial e democracia

“Para que determinada pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto, a previsão do artigo 203, inciso V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna. Mas caberia ao Estado brasileiro dar essa sustentação ao não nacional? Deve-se estender essa proteção ao estrangeiro residente no País? Não consigo alcançar, nesse particular, argumentos para conclusão negativa.

A ideia maior de solidariedade social foi alçada à condição de princípio pela Lei Fundamental. Observem a ninguém ter sido oferecida a escolha de nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas estamos todos unidos na construção de propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra.”

“Mostra-se possível discordar, em tese, do arranjo sistemático antes revelado, mas não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a

proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação. Com fundamento nessa visão, conclui-se que se deve fornecer certo grupo de prestações essenciais ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.

A eliminação dessa forma aguda de pobreza surge como pré-condição da construção de sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, do desenvolvimento do País como um todo. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito do dever do Estado de entregar conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do cidadão.”

4.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “E devemos lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se repudia qualquer discriminação fundada na origem nacional e se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Por exemplo, cite-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos [...]:

Declaração Universal dos Direitos do Homem 1948

Artigo 2.

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (...)

Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 1. Obrigação de respeitar direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Além disso, o Brasil é signatário e incorporou no seu ordenamento jurídico nos termos do § 3º do artigo 5º, a Convenção de Nova Iorque, que ingressou no Brasil com *status* constitucional – diga-se de passagem, por enquanto, a primeira e única convenção que se utilizou do novo procedimento do § 3º do artigo 5º, trazido pela Emenda 45 –, em relação às pessoas com deficiência. E a Convenção de Nova Iorque, incorporada após a aprovação, em dois turnos, em cada uma das Casas Legislativas, por três quintos, incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, expressamente proibiria qualquer forma de discriminação em relação às pessoas com deficiência. O artigo 18, item 1 – insisto novamente, aqui tem *status* constitucional, como se Emenda Constitucional fosse –, diz:

‘1. Os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência à liberdade de movimentação, à liberdade de escolher sua residência e à nacionalidade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]’

Mas vai mais além, depois, no artigo 28, item 2, alíneas ‘b’ e ‘c’, que obriga os Estados-partes – e o Brasil é um deles:

‘b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;

c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência [...]’

E, na sequência, também o acesso a outros programas, não só sociais, mas habitacionais, aposentadoria. Ou seja, não bastasse a sequência de artigos que a Constituição Federal, o legislador originário permitiu – como bem trouxe o Relator –, a incorporação da Convenção de Nova Iorque, em 2009, com *status* constitucional, reforçou essa impossibilidade de discriminação na assistência social tão somente pelo fato da nacionalidade.”

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Mas gostaria de lembrar, até para fins pedagógicos – é importante, porque há um grande público especializado e leigo que nos assiste –, que a famosíssima Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, editada logo após a Segunda Guerra Mundial, em função das atrocidades praticadas, e que hoje integra o *jus cogens* internacional – ou seja, um direito imperativo que se impõe a todos os Estados –, logo, no artigo 1º, diz:

‘Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.’

O artigo 2º diz o seguinte:

‘Artigo 2. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.’

Em continuidade Senhora Presidente e eminentes Ministros, vem o artigo 25 desta famosa Declaração que assenta com todas as letras o seguinte:

‘Artigo 25. – Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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 fora de seu controle’ – exatamente o caso que nós estamos examinando.”

4.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas”¹⁶.

¹⁶ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 173 da repercussão geral, negou provimento ao recurso [do INSS].

5. HC nº 143.641: possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres gestantes, mães de crianças ou pessoas com deficiência¹⁷⁻¹⁸

5.1 Identificação do caso

HC nº 143.641

Impetrante: Defensoria Pública da União

Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 20.02.2018

5.2 Resumo

Habeas corpus (HC) coletivo impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães

¹⁷ Posteriormente, o STF, em 20.10.2020, no *habeas corpus* coletivo (HC) nº 165.704, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento colegiado na Segunda Turma, estendeu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as pessoas presas que tenham sob sua única responsabilidade crianças ou pessoas com deficiência. Ampliou-se o benefício conferido no HC nº 143.641 a todos os presos preventivos que se encontrassem na condição de responsáveis exclusivos por crianças ou pessoas com deficiência.

¹⁸ Trata-se do primeiro *habeas corpus* coletivo do Supremo Tribunal Federal, julgado em uma decisão colegiada da 2ª Turma.

de crianças sob responsabilidade delas, bem como em benefício das próprias crianças. Argumentou-se que manter essas mulheres em prisão preventiva sob condições precárias, sem acesso adequado à saúde, e privar seus filhos de um ambiente adequado configura tratamento cruel e degradante, que viola princípios constitucionais da proteção à maternidade e à infância. Além disso, apontou-se que essas violações são sistemáticas, resultantes de falhas estruturais no acesso à Justiça. O Supremo Tribunal Federal determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres sob tais condições, salvo nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes ao negar o benefício. A decisão teve como base o Estatuto da Primeira Infância, as Regras de Bangkok e a necessidade de superar a cultura do encarceramento, garantindo a dignidade de mulheres e crianças.

5.3 Ementa

"HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E

DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V – Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.

VI – A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – ‘Cultura do encarceramento’ que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o ‘caso Alynne Pimentel’, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

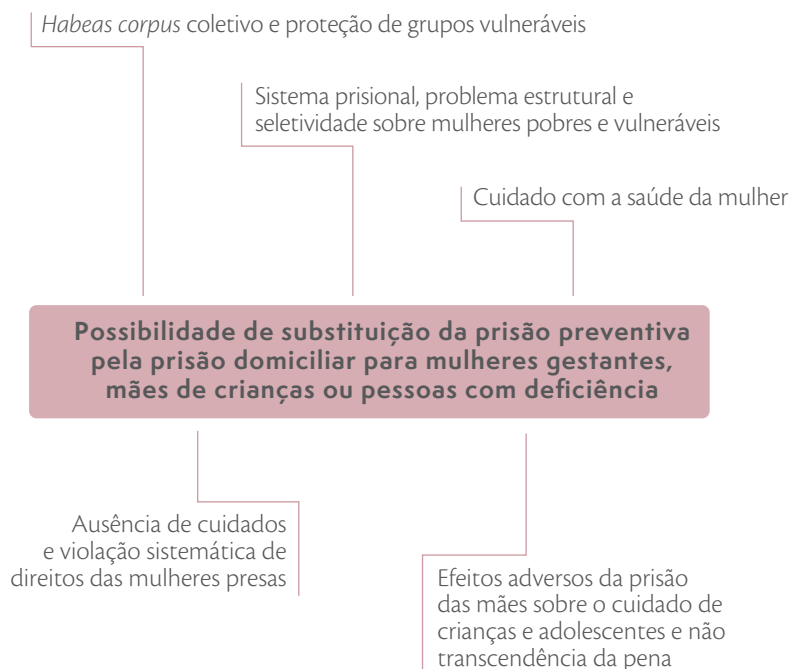
XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.”

5.4 Tese

Não houve fixação de tese.

5.5 Fundamentação



Habeas corpus coletivo e proteção de grupos vulneráveis

“Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro,

a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. [...]"

"Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão."

"Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o *writ*, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal."

"Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica."

Sistema prisional, problema estrutural e seletividade sobre mulheres pobres e vulneráveis

“Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a ‘cultura do encarceramento’, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

As evidências do que se afirmou na prefacial são várias.”

“Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de ‘mulas do tráfico’ (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.”

Cuidado com a saúde da mulher

“Convém ressaltar que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada pelos distintos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de

desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio – ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODSs justamente porque, durante o tempo em que vigoraram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar ‘a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva’ (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. *In*: Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88).

Ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres.”

Ausência de cuidados e violação sistemática de direitos das mulheres presas

“O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se à completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar,

o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.”

Efeitos adversos da prisão das mães sobre o cuidado de crianças e adolescentes e não transcendência da pena

“Professores da Universidade de Harvard demonstraram que a privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANA, Charles H. *Romania’s Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

Conforme explicam, existe uma ‘experiência compartilhada’ pela qual todos os seres humanos devem passar. E tal experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.”

“Aqui, não é demais relembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. [...].”

5.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski: “Todas essas informações são especialmente inquietantes se levarmos em conta que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional. Nesse sentido, relembre-se o ‘caso Alynne Pimentel’, que representou a ‘primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (...) incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-partes da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas em 1979’, tratando-se da ‘única ‘condenação’ do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos’ (ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alynne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 12, jul. 2016, p. 11).”

“A atuação do Tribunal, nesse ponto, é plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).”

“Cumpre invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série ‘Tratados Internacionais de Direitos Humanos’, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero (Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).”

Voto do Ministro Edson Fachin: “Tais dispositivos são objeto de detalhada proteção no âmbito da Convenção de Direitos das Crianças. Com efeito, logo no artigo 3.1 da Convenção, estabelece-se que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Nas Recomendações no Dia de Discussões sobre Crianças de Pais Encarcerados, o Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável por interpretar a Convenção, expressamente recomendou aos Estados o seguinte (parágrafo 30):

“O Comitê enfatiza que no sentenciamento dos pais ou responsáveis, medidas alternativas à prisão devem, sempre que possível, ser fixadas em lugar de encarceramento, inclusive na fase provisória. Alternativas à detenção devem ser disponibilizadas e aplicadas caso a caso, com consideração plena acerca dos possíveis impactos de sentenças diferentes em relação ao melhor interesse da criança afetada.”

5.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, [...], preliminarmente, por votação unânime, entender cabível a impetração coletiva e, por maioria, conhecer do pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prossequindo no julgamento, por maioria, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionais, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estender a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. [...]”

6. ADI nº 5.938: inconstitucionalidade da exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres

6.1 Identificação do caso

ADI nº 5.938

Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos

Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

Julgamento: 29.05.2019

6.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto a inconstitucionalidade de dispositivos da lei trabalhista que condicionavam o afastamento de gestantes e lactantes de atividades insalubres à apresentação de atestado médico. Segundo a requerente, as normas impugnadas são inconstitucionais por violarem as proteções à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido. Além disso, tais dispositivos são incompatíveis com os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, do bem-estar e justiça sociais e do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos de lei, em atenção à saúde da gestante e do nascituro.

6.3 Ementa

“DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a

própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

5. Ação Direta julgada procedente.”

6.4 Tese

Não houve fixação de tese.

6.5 Fundamentação

Direitos sociais fundamentais
e cuidados com mulheres gestantes,
lactantes, nascituros e recém-nascidos

Cuidados e dever
de proteção integral a
nascituros e recém-nascidos

**Inconstitucionalidade da exposição de
gestantes e lactantes a atividades insalubres**

Proteção da participação da
mulher no mercado de trabalho

**Direitos sociais fundamentais e cuidados com mulheres
gestantes, lactantes, nascituros e recém-nascidos**

“A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho

da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.”

Cuidados e dever de proteção integral a nascituros e recém-nascidos

“A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, proteção à maternidade, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade.

A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.”

Proteção da participação da mulher no mercado de trabalho

“O afastamento do ambiente ou atividade insalubre, quando não for possível eliminar a insalubridade, ocorrerá no período de gravidez e nos

períodos de lactação no ambiente de trabalho superiores a 6 (seis) meses, uma vez que dois terços do período de amamentação, que é de seis meses, nos termos do artigo 396 da CLT, são praticamente absorvidos pela licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, garantida no art. 7º, VIII, da Constituição. Se a empresa ou entidade pública empregadora aderir ao Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garante a ampliação da licença para 180 (cento e oitenta) dias, mediante subsídio fiscal, o período legal de amamentação no ambiente de trabalho será integralmente absorvido pela licença-maternidade.

Observe-se, ainda, que não há que se falar em ônus excessivo ao empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.”

6.6 Diálogo entre o STF, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Ministro Edson Fachin: “Não se pode deixar de mencionar que também no âmbito internacional, os direitos das mulheres têm recebido especial proteção, o que se materializa não apenas nas Conferências das Nações Unidas, mas também em diversos instrumentos que integram os sistemas, global e regionais, dos direitos humanos.

A internalização de normas internacionais tem sido um forte fator propulsor das transformações internas. Segundo Flávia Piovesan, nesse sentido, deve-se assinalar o impacto e a influência de documentos como a Convenção sobre a Eliminação

da Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, o Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 e a Declaração e a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, de 1995. Tais instrumentos internacionais inspiraram e orientaram o movimento de mulheres a exigir, no plano local, a implementação de avanços obtidos na esfera internacional. [...]"

"O descompasso entre as práticas legislativas supostamente densificadoras de direitos fundamentais das mulheres e a proteção exigida pelas normativas nacionais e internacionais não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Catharine Mackinnon, estudiosa das questões de gênero nos Estados Unidos, desde a década de 1980, vem afirmando que a dominação masculina das cadeiras do Poder Legislativo impedem o avanço da igualdade de gênero nas políticas públicas. (MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989).

E a crítica também se faz presente diante da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não contempla, de forma expressa, a mulher como destinatária dos direitos ali reconhecidos. [...]"

Voto da Ministra Rosa Weber: "Nesse panorama diacrônico de afirmação dos direitos fundamentais sociais da mulher brasileira, particularmente nos momentos da vida familiar destinados à gestação e lactação, a Constituição Federal de 1988 insere-se no conteúdo axiológico dos principais instrumentos internacionais dos direitos humanos em sua concepção contemporânea, considerada a partir das características da universalidade, indivisibilidade e interdependência, inaugurada com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Em seu artigo XXV, proclama a relevância dos cuidados e assistência especiais à maternidade e à infância. Assim

também o artigo VI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao estatuir que *‘toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais’*.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no Brasil pelo Decreto 591 de 06/07/1992, para além de conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, reconhece o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, nele compreendida uma variedade de fatores socioeconômicos, dentre os quais a alimentação, nutrição, habitação, acesso à água potável e condições sanitárias, meio ambiente saudável, saúde e segurança no trabalho. Nesse sentido, determina aos Estados Parte que assegurem medidas em direção à diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças e a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

No Comentário Geral nº 22 sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva previsto no art. 12 do PIDESC, elaborado em 2016, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, afirma a sua compreensão sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva, que se irradia de forma a abranger determinantes sociais como educação e informação, proteção contra violência, tortura e discriminação, bem como saúde e segurança do trabalho e adequado meio ambiente do trabalho. No que diz especificamente com à saúde da mulher, devido à sua capacidade reprodutiva, a concretização do direito à saúde sexual e reprodutiva assume caráter indispensável ao exercício da sua autonomia e liberdade de construir seu projeto de vida. Nesse sentido, o alcance da igualdade de gênero requer que as necessidades específicas da saúde da mulher, naquilo que diferem daquelas dos homens, sejam consideradas de forma a garantir providências adequadas a seus ciclos de vida.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 17, posiciona na família o núcleo natural e fundamental da sociedade, pelo que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado, enquanto o art. 19 estabelece que ‘Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado’. Nessa esteira, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, em seu artigo 24, reconhece o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde, nela abrangida a adequada assistência pré-natal e pós-natal.

Na doutrina de Flávia Piovesan, revelada a insuficiência da proteção de direitos humanos nos primeiros instrumentos internacionais, sob a perspectiva da proteção genérica, geral e abstrata, iluminada pela igualdade formal, a vulnerabilidade a que submetidos determinados grupos sociais tornou imperiosa a necessidade de proteção especial e particularizada. Nesse contexto, ‘a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a sua promoção’¹⁹.

No cenário de conscientização da contribuição da mulher não apenas ao bem-estar da família, senão também ao desenvolvimento da sociedade, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada pelo Decreto 4.377 de 13.9.2002, compreende a maternidade a partir da sua função social. Nessa perspectiva, não pode ser causa de discriminação, principalmente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular ‘o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução’ (Art. 11). Nesse sentido, deverão ser tomadas medidas pelos Estados Parte a fim de impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, especificamente, no que diz com a ‘proteção

¹⁹ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55. Apr. 2995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004.

especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas.’ (Art. 11, item 2, alínea ‘d’).”

[...]

“Ainda nesse sentido a Convenção fundamental nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (promulgada pelo Decreto 62.150/68), inserida na declaração de princípios e direitos fundamentais do direito do trabalho, qualifica como não discriminatórias as medidas especiais destinadas à salvaguarda das necessidades particulares das pessoas que necessitem de proteção ou assistência especial, notadamente por motivos tais como sexo ou encargos de família:

‘Art.5º.

1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.
2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.”

“Essas sugestões vão ao encontro da Recomendação nº 191 da OIT (2000) atinente à Convenção nº 183 sobre a proteção da maternidade. Conquanto ainda não ratificada pelo Brasil, a norma aprovada pelo organismo internacional em 30 de maio de 2000, estabelece, em seu art. 3º, o compromisso dos Estados Parte em assegurar que as gestantes e lactantes não sejam obrigadas a trabalhar em atividade que tenha sido certificada por autoridade competente como prejudicial à saúde da mãe ou da criança ou que tenha sido avaliada com potencial risco significativo para a saúde da mãe ou do seu filho.

No caso em que identificado risco significativo para a trabalhadora-mãe ou seu filho no ambiente de trabalho, desde que adequadamente certificado, a OIT recomenda as seguintes medidas: i) eliminação do risco, ii) adaptação das condições de trabalho; iii) no caso de não ser possível essa adaptação, transferência para outra função sem prejuízo da remuneração; iv) no caso em que não for possível essa transferência, licença remunerada.”

Voto do Ministro Luiz Fux: “Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Internalizado por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, o compromisso impõe que sejam adotadas todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher também na esfera profissional. Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente ‘o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano’, ‘o direito às mesmas oportunidades de emprego’, ‘o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução’; e ‘o direito de escolher livremente profissão e emprego.’”

6.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em confirmar a medida cautelar e julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento’, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.”

7. RE nº 608.898: inconstitucionalidade da expulsão de estrangeiro com filho brasileiro²⁰

7.1 Identificação do caso

RE nº 608.898

Recorrente: União

Recorrido: Edd Abadallah Mohamed

Relator: Ministro Marco Aurélio

Julgamento: 25.06.2020

7.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) que tem por objeto a constitucionalidade da expulsão de estrangeiro, cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado após o fato motivador do ato expulsório. Discute-se a recepção do art. 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) pela Constituição Federal de 1988. O requerente alega que a proteção da família e da criança não pode sobrepor-se ao interesse soberano do Estado em expulsar estrangeiros considerados nocivos. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário e fixou o entendimento de que o referido dispositivo de lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro na hipótese.

²⁰ *Leading Case.*

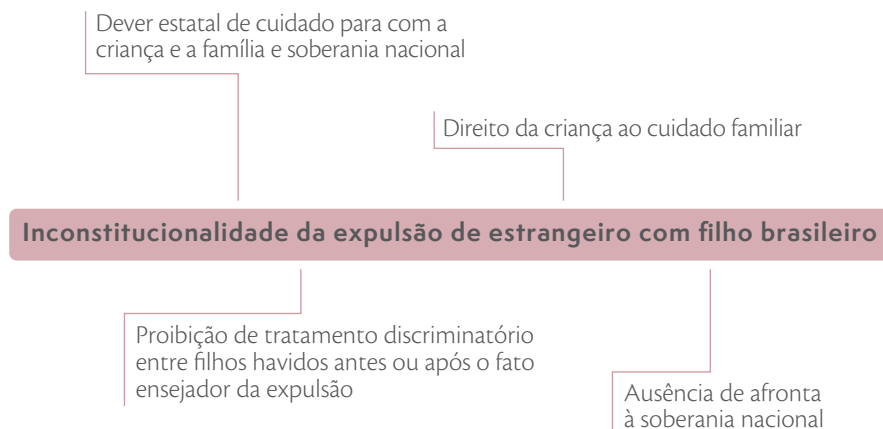
7.3 Ementa

“ESTRANGEIRO – EXPULSÃO – FILHO BRASILEIRO – SOBERANIA NACIONAL VERSUS FAMÍLIA. O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente.”

7.4 Tese

“O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente.”

7.5 Fundamentação



Dever estatal de cuidado para com a criança e a família e soberania nacional

“A Carta de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, pelo legislador, na edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direcionou-se o sistema para a absoluta prioridade dos menores e adolescentes, enquanto pressuposto inafastável de sociedade livre, justa e solidária.

É impróprio articular com a noção de interesse nacional inerente à expulsão de estrangeiro quando essa atuação estatal alcança a situação da criança, sob os ângulos econômico e psicossocial. O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 encerra a quebra da relação familiar, independentemente da situação econômica do menor e dos vínculos socioafetivos desenvolvidos. A família, respaldo maior da sociedade e da criança, é colocada em segundo plano, superada pelo interesse coletivo em retirar do convívio nacional estrangeiro nocivo, embora muitas vezes ressocializado.”

Direito da criança ao cuidado familiar

“Priva-se perpetuamente a criança do convívio familiar, da conformação da identidade. Dificulta-se o acesso aos meios necessários à subsistência, presentes os obstáculos decorrentes da cobrança de pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se ruptura e desamparo, cujos efeitos repercutem nos mais diversos planos da existência, em colisão não apenas com a proteção especial conferida à criança, mas também com o âmago do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.”

Proibição de tratamento discriminatório entre filhos havidos antes ou após o fato ensejador da expulsão

“O preceito da Lei nº 6.815/1980 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. Há justificativa constitucionalmente adequada para tal distinção? A resposta é negativa. Os prejuízos associados à expulsão de genitor independem da data do nascimento ou da adoção, muito menos do marco aleatório representado pela prática da conduta motivadora da expulsão. Se o interesse da criança deve ser priorizado, é de menor importância o momento da adoção ou concepção.”

Ausência de afronta à soberania nacional

“Percebam que esse entendimento tampouco esvazia a soberania nacional. O estrangeiro continuará obrigado a comprovar ter filho brasileiro sob a própria guarda e dependente economicamente, tal como previsto no artigo 75, inciso II, alínea ‘b’, da Lei nº 6.815/1980. Ou seja, exige-se do estrangeiro a demonstração de vínculo qualificado com o País, apto a, dentro das balizas legais, autorizar a permanência em território nacional. Cessado o liame, como ocorre no caso de abandono do filho, a expulsão poderá ser efetivada, a teor do § 2º do mesmo dispositivo.”

7.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “Com efeito, o enfoque que se deve emprestar à temática da expulsão de estrangeiros com prole brasileira, ante a redação restritiva do art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980, deve ser informado pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.”

“Em sintonia com os novos valores abrigados no texto constitucional, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 – cujo art. 3º ostenta o seguinte teor:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.”

“O princípio do melhor interesse da criança, hospedado no art. 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, foi evocado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso Nunez vs. Noruega (*Application no. 55597/09, 28 July 2011*), para declarar a ilegalidade da retirada forçada de estrangeira que, conquanto tenha praticado o fato ensejador da sua expulsão em julho de 1996, possuía dois filhos noruegueses, nascidos em 2002 e 2003, respectivamente, que com ela mantinham estreito vínculo afetivo. A Corte entendeu que a expulsão da genitora acarretaria perturbações emocionais em seus filhos, o que revelaria um descompromisso do Estado-Membro com a norma do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Assim, o TEDH tem considerado a data da execução da decisão expulsória como o marco temporal para se aferir

se o estrangeiro tem vida familiar merecedora de proteção (*Case of Bouchelkia v. France. Application no. 23078/93. 29 January 1997*).

No regime comunitário europeu, a temática da expulsão de estrangeiro com filho nacional tem se revelado um campo fértil de indagações acerca da compatibilidade de tal medida com o disposto no art. 8º da CEDH, que consagra a proteção da vida familiar (PINTO, Ana Luísa. *A pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional*. Coimbra Editora, 2005, P. 85).

Nessa linha, em outra apreciação do tema, no caso *Moustaquim vs. Bélgica* (*Application no. 12313/86. 18 February 1991*), o TEDH também prestigiou o direito à vida familiar, para declarar que a expulsão de cidadão marroquino que havia sido processado pela prática de 147 ilícitos criminais no país de residência – incluindo 82 crimes de roubo agravado – violou o art. 8º da CEDH.

O Tribunal Constitucional Português, por sua vez, no Acórdão 470/99, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que previa a pena acessória de expulsão para o estrangeiro condenado pelo crime de entrada no país durante o prazo em que tal ingresso lhe foi vedado. A Corte reputou configurada lesão ao disposto nos artigos 36, nº 6 e 67, § 1º, da Constituição Portuguesa, que consagra o direito dos filhos à convivência com os pais e eleva a família a elemento fundamental da sociedade, assegurando-lhe a proteção do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus membros.”

Voto do Ministro Edson Fachin: “É evidente que não se poderia cogitar de aplicar diretamente a novel orientação, para o caso dos autos. Ocorre, porém, que essa diretriz coaduna-se com o entendimento que a própria Organização das Nações Unidas tem esboçado acerca do alcance do direito do Estado de proceder à expulsão de estrangeiros.

Por meio da Resolução 41, de 16 de dezembro de 2004 (A/RES/59/41/ par. 5), a Assembleia Geral das Nações Unidas ratificou a decisão da Comissão de Direito Internacional de incluir na sua agenda o tema relativo à expulsão de estrangeiros. A Comissão de Direito Internacional, por sua vez, por ocasião de sua 66ª Sessão, fez aprovar o projeto de artigos sobre a expulsão de estrangeiros, nos termos do art. 23 de seu Estatuto.

O projeto prevê, em seu artigo 18, que ‘o Estado expulsante deve respeitar o direito à vida familiar de um estrangeiro sujeito à expulsão’ e que os Estados ‘não podem interferir arbitrária ou ilegalmente no exercício desse direito’ (A/CN.4/L.832). Por evidente, como indica a própria Comissão nos comentários feitos ao projeto, que esse direito não é absoluto. ‘A segunda frase do artigo 18 indica que o Estado expulsante não pode interferir de forma irrazoável no exercício desse direito’, ou seja, pode Estado expulsar, desde que não seja de forma arbitrária.”

“Essa orientação parece repetir dispositivos constante de tratados internacionais aplicáveis diretamente ao caso. Veja-se o Artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

- ‘1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.’

No âmbito regional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece, em seu Artigo 8, § 1º, que ‘qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência’. Já o Artigo 11, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que ‘ninguém pode ser objeto de ingerência arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação’.

Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, essas exigências têm sido interpretadas como implicando um teste duplo. De um lado, as medidas de interferência ‘devem estar previstas em lei’. De outro, a limitação deve ‘constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros’. Noutras palavras, a segunda condição exige um ‘justo balanceamento’ entre os interesses do estrangeiro vis-à-vis os do Estado.

Na sua jurisprudência, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem contribuído para indicar os fatos que se deve analisar para aferir a proporcionalidade de uma medida de expulsão. No precedente firmado no caso *Boultif v. Suíça* (caso 54.273/00), o Tribunal elaborou os critérios relevantes que atestam a necessidade da medida de expulsão em uma sociedade democrática: a) a natureza e seriedade da ofensa cometida; b) a duração da estadia no país expulsante; c) o tempo decorrido desde que a ofensa foi praticada e a conduta mantida pelo estrangeiro no período; d) as nacionalidades das pessoas envolvidas; e) a atual situação familiar do estrangeiro; f) se o cônjuge ou companheiro sabia da ofensa ao tempo em que os dois entraram em relacionamento; g) se há ou não filhos do casamento e, neste caso, a idade deles; e h) a seriedade das dificuldades porque passaria o cônjuge ou companheiro na eventualidade de o estrangeiro ser expulso.

Essa compreensão foi, posteriormente, confirmada no caso *Üner v. Países Baixos* (caso 46.410/99), julgado pela Grande Câmara em Estrasburgo. À relação indicada no caso *Boultif* a Corte acrescentou: o melhor interesse da criança, em particular as dificuldades que ela possa vir a ter no Estado de destino, e a solidez dos laços sociais, culturais e familiares que o estrangeiro mantém com o país de destino.

Nos primeiros comentários ao projeto de artigos, a Comissão de Direito Internacional havia endossado a posição da Corte Europeia, posteriormente, no entanto, limitou-se a consignar que os dispositivos constantes do artigo 18 do projeto não precluem a jurisprudência consolidada nas organizações regionais.

É preciso observar, contudo, que a posição da Corte Europeia não é isolada. A própria Comissão de Direito Internacional reconheceu que ela é plenamente compatível com o precedente do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Com efeito, na Comunicação 558/1993, reconheceu o Comitê que ‘a separação de uma pessoa de sua família por meio da expulsão pode significar uma interferência arbitrária com a família e uma violação do artigo 17 se as circunstâncias do caso indicarem que a separação do autor de sua família e os efeitos dela decorrentes forem desproporcionais aos objetivos da remoção’.

No mesmo sentido, no julgamento da Comunicação 2243/2013, o Comitê afirmou que ‘nos casos em que um membro da família deve deixar o território do Estado parte, enquanto os outros membros da família têm o direito de permanecer, o critério relevante para se avaliar se uma interferência específica no convívio familiar pode ser objetivamente justificada deve ser avaliado, de uma lado, à luz da relevâncias das razões invocadas pelo Estado parte e, de outro, do grau de dificuldades que a família e seus membros sofreriam com as consequências dessa remoção.’

“[...] A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que ‘todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança’.”

Voto do Ministro Celso de Mello: “A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), formalmente incorporada ao ordenamento positivo brasileiro por meio

do Decreto nº 99.710/1990, define criança como 'todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes' (Artigo 1 [...])."

"Observo, por necessário, que a benignidade desse tratamento dispensado aos súditos estrangeiros que possuem, sob sua dependência econômica ou vínculo de afetividade, menores residentes em território nacional é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990."

7.7 Dispositivo da decisão

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando o tema 373 da repercussão geral, desprover o recurso extraordinário."

8. ADI nº 6.590 MC-Ref: Política Nacional de Educação Especial

8.1 Identificação do caso

ADI nº 6.590 MC-Ref

Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Interessado: Presidente da República

Relator: Ministro Dias Toffoli

Julgamento: 21.12.2020

8.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que questiona a constitucionalidade do decreto que instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Argumenta-se que a norma promove a segregação de alunos com deficiência, por incentivar a criação de escolas e classes especializadas, o que viola a dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988), o direito à não discriminação e à proibição de retrocesso em matéria de direitos humanos (art. 3º, IV, da CF/1988), bem como a garantia às pessoas com deficiência de atendimento educacional especializado dentro da rede regular de ensino (art. 208, III, da CF/1988). Alega-se, ainda, desrespeito à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar que suspendeu a eficácia do Decreto, entendendo que referida norma contraria o paradigma da educação inclusiva.

8.3 Ementa

“Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada.

1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001.

2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 – veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que

determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16.

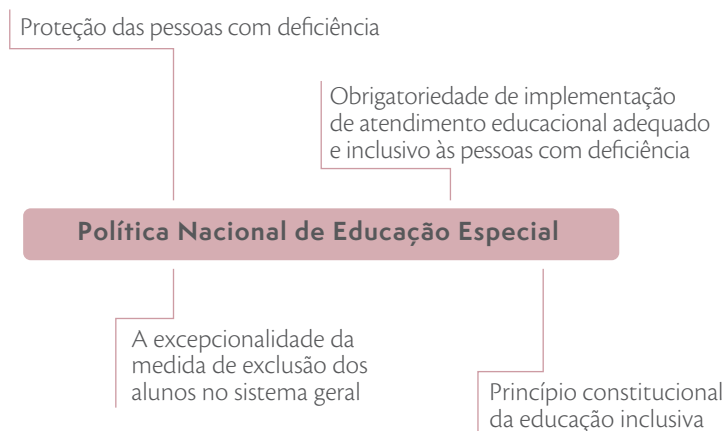
3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.

4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino. 5. Medida cautelar referendada.”

8.4 Tese

Não houve fixação de tese.

8.5 Fundamentação



Proteção das pessoas com deficiência

"A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, manifestou preocupação com a proteção das pessoas com deficiência, albergando políticas e diretrizes de inserção desses indivíduos nas diversas áreas da vida em sociedade, como no trabalho (art. 7º, inc. XXXI), no serviço público (art. 37, inc. VIII), na previdência (art. 201, § 1º, inc. I), na assistência social (art. 203, incs. IV e V) e, como se detalhará adiante, na educação (art. 208, inc. III).

Em matéria educacional, a Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual foi internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009."

Obrigatoriedade de implementação de atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência

“Recentemente, no referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, da relatoria do Ministro Edson Fachin, este Supremo Tribunal afirmou a obrigatoriedade, por parte das escolas privadas, além das escolas públicas, de implementação de atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, conforme previsto na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Na ocasião, a maioria do Plenário acompanhou o voto do Ministro relator, no qual foi suscitado o *status* constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, para fundamentar a vedação da exclusão de pessoas com deficiência ou necessidades especiais do sistema geral de educação.”

A excepcionalidade da medida de exclusão dos alunos no sistema geral

“Aliás, trata-se de possibilidade aventada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (arts. 4º, al. I, inc. III, e 58, § 2º), a qual, todavia, expressa a excepcionalidade da medida de exclusão, estabelecendo como primeira hipótese a matrícula de todos os alunos no sistema geral.

A título de ilustração das políticas públicas que vinham sendo implementadas na área da educação especial, registro que o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, a qual dispõe sobre a integração social das pessoas com deficiência, estabeleceu, em seu art. 24, ‘a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoa portadora de deficiência capazes de se integrar na rede regular de ensino’.”

Princípio constitucional da educação inclusiva

“Ocorre que, de uma interpretação sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria, extrai-se que a educação na rede regular de ensino é o paradigma para a educação especial, devendo o Poder Público adotá-la como ponto de partida para a formulação de políticas educacionais para as pessoas portadoras de deficiência. Revela-se, portanto, imperativa a adoção de providências voltadas à inclusão educacional de todos os estudantes no ensino regular.

O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.”

8.6 Diálogo entre o STF, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Dias Toffoli: “Em matéria educacional, a Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual foi internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O art. 24 da convenção veio justamente reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos Estados Partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, assim preceituando:

‘2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.’

Percebe-se, portanto, que o Brasil internalizou, em seu ordenamento constitucional, um compromisso com a educação inclusiva, ou seja, com uma educação que agrega e acolhe as pessoas com deficiência ou necessidades especiais no ensino regular, ao invés segregá-las em grupos apartados da própria comunidade.

Trata-se de compromisso internacional que havia sido manifestado, ainda em 1994, na Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, elaborada na Conferência Mundial de Educação Especial, com a representação de 88 governos, entre eles, o Brasil, e 25 organizações internacionais.”

“Trata-se, portanto, de um compromisso internacional assumido pelo Brasil para a inserção das pessoas com deficiência no sistema educacional geral, de forma a promover o desenvolvimento de alunos com e sem deficiência em um ambiente inclusivo e plural, superando a lógica da estigmatização e da segregação das pessoas com necessidades especiais. É o que indica o art. 24 da Convenção:

‘2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.”

“Destaco, ainda, a Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, elaborada, em 1994, na Conferência Mundial de Educação Especial, com a participação do Brasil, na qual ficou consignado o princípio de que ‘todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter.’”

8.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 11 a 18/12/20, na conformidade da ata do julgamento, por maioria, em referendar a decisão liminar para suspender a eficácia do Decreto nº 10.502/2020, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Nunes Marques. O Ministro Roberto Barroso acompanhou o Relator com ressalvas.”

9. ADI nº 6.586: vacinação compulsória contra a covid-19²¹

9.1 Identificação do caso

ADI nº 6.586

Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT

Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 17.12.2020

9.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto a constitucionalidade do art. 3º, III, *d*, da Lei 13.979/2020, que prevê a possibilidade de vacinação compulsória para enfrentamento da pandemia da covid-19. Alega-se que União, Estados e Municípios têm competência para determinar a vacinação obrigatória, desde que respaldada por evidências científicas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada e pode ser implementada por medidas indiretas, como restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência a determinados locais. A decisão se baseou no direito à saúde da população, em especial na necessidade de buscar a imunidade de rebanho, com vistas a proteger a coletividade e, principalmente, os mais vulneráveis, contra epidemias.

²¹ Julgamento conjunto com a ADI 6.587.

9.3 Ementa

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação

legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao ‘pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas’, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de ‘cuidar da saúde e assistência pública’ que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

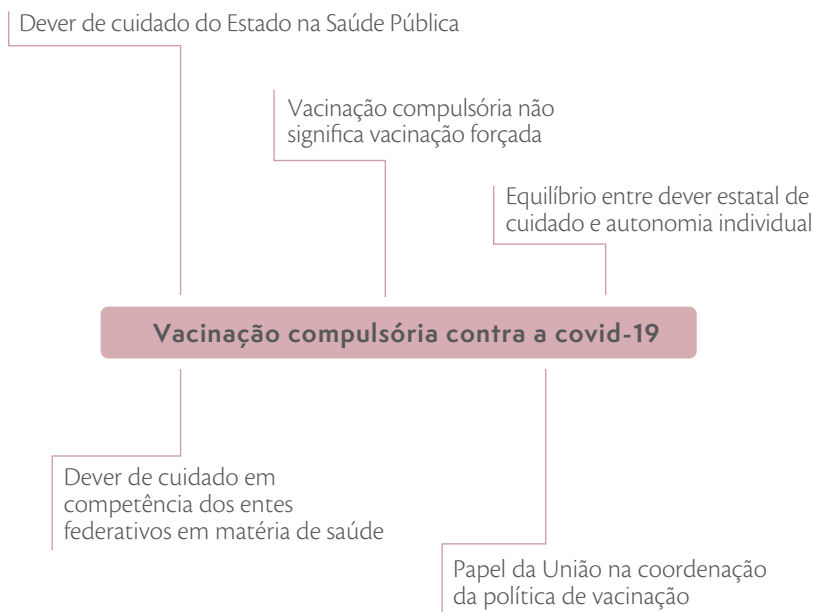
V – ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam

aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.”

9.4 Tese

Não houve fixação de tese.

9.5 Fundamentação



Dever de cuidado do Estado na saúde pública

“O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos aqueles sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde – SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, I, II e III, da CF).”

Vacinação compulsória não significa vacinação forçada

“Dos dispositivos constitucionais e precedentes acima citados, forçoso é concluir que a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto a determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias antes mencionadas. Em outras palavras, afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento.”

“Como se constata, a obrigatoriedade da vacinação, mencionada nos textos normativos supra, não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais. [...]”

Equilíbrio entre dever estatal de cuidado e autonomia individual

“Aqui, vale rememorar que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, listados art. 3º da Constituição, sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos. Essa é a razão pela qual se admite que o Estado, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas, restrinja a autonomia individual das pessoas com o fito de cumprir o dever de dar concreção ao direito social à saúde, previsto no art. 196 da Lei Maior, fazendo-o por meio de ‘políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’. O art. 197, ademais, preconiza que são ‘de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.’”

Dever de cuidado em competência dos entes federativos em matéria de saúde

“Tal sistema é compatível com o nosso ‘federalismo cooperativo’ ou ‘federalismo de integração’, adotado pelos constituintes de 1988, no qual ‘se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais’²², que encontra expressão, no concernente à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a ‘proteção e defesa da saúde’ (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de ‘cuidar da saúde e assistência pública’ (art. 23, II, da CF).”

²² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

“Não obstante, ressalto que o fato de o Ministério da Saúde coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de vacinação não exclui a competência dos Estados, Municípios, e do Distrito Federal para adaptá-los às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum para ‘cuidar da saúde e assistência pública’ (art. 23, II, da CF).”

“Ora, partir do arcabouço constitucional acima descrito, é possível concluir que a defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm o dever de preservar.”

“Em outros termos, a Constituição outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia. [...]”

Papel da União na coordenação da política de vacinação

“E quando o referido dispositivo é lido em conjunto com o precitado art. 198 do Texto Magno, percebe-se que compete à União assumir a coordenação das atividades do setor, incumbindo-lhe, em especial, ‘executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional’ [...],

conforme estabelece o disposto no art. 16, III, a, e parágrafo único, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde)²³.”

“Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de vacinas seguras e eficazes no Programa Nacional de Imunizações, sob a coordenação da União, de forma a atender toda a população, sem qualquer distinção, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação das autoridades locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública de importância internacional, em especial na hipótese de omissão por parte do governo central.”

9.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski: “[...] O Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas, adotada em 26 de junho de 1945, nessa linha, significativamente anuncia que os povos congregados em torno da criação dessa nova entidade, ‘resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]’, decidiram conjugar seus esforços para a ‘consecução desses objetivos.’²⁴”

“[...] De fato, inúmeros tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, estabelecem os parâmetros jurídicos e mesmo éticos que precisam ser levados

²³ A Lei 8.080/1990 prevê, ainda, que estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como a “formulação a política de medicamentos, imunobiológicos e outro insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, I, a e b, e VI).

²⁴ Sobre a importância da Carta da ONU, veja-se: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 82-84.

em consideração no debate acerca dos limites da obrigatoriedade da vacinação, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592/1992 [...].”

“O direito à incolumidade física também é assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual integra o ordenamento jurídico pátrio, por força do Decreto 678/1992, cujo art. 5º, 1, consigna que ‘toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral’ . Especificamente no âmbito da biomedicina, a reverência à integridade física, psíquica e moral das pessoas tem sido objeto de particular atenção por parte da comunidade internacional, com foco nos procedimentos médicos e experimentos científicos, desenvolvendo-se o conceito do ‘livre convencimento informado’. No âmbito europeu, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, a qual reflete o que há de mais avançado na doutrina sobre ao assunto, estabelece, naquilo que interessa à discussão ora travada, o seguinte:

‘Artigo 1.º Objeto e finalidade

As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.

[...]

Artigo 2.º - Primado do ser humano

O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.

Artigo 3.º - Acesso equitativo aos cuidados de saúde

As Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.

Artigo 5.º - Consentimento

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

“Nesse passo, cumpre lembrar que o Preâmbulo, datado do já longínquo ano 1946, da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas, integrada pelo Brasil, traz a lume um generoso conceito de saúde, enquanto bem coletivo e dever do Estado²⁵.[...]”

“Essa noção encontra amparo também no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto 591/1992, que assim dispõe:

‘1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

²⁵ Íntegra em inglês disponível em: <https://www.who.int/about/who-we-re/constitution> . Acesso: nov.2020.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade"[...]."

"[...] Cumpre-lhe, ademais, atentar para outras recomendações da Organização Mundial de Saúde, notadamente aquelas decorrentes do disposto no art. 18, 1, e anexo 6 do Regulamento Sanitário Internacional, aprovado pelo recente Decreto 10.212/2020."

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: "Em outros países há multa. Vejam, na Califórnia, há pouquíssimo tempo, em que pese a tradição na Califórnia ser de vacinação não obrigatória, houve – cinco anos atrás – um surto de sarampo. E, a partir disso, para sarampo, há obrigatoriedade da vacina. E quem não levasse seus filhos para serem vacinados estava proibido de matriculá-los em escolas ou creches públicas ou privadas. Ou seja, uma sanção gravíssima. Então, a obrigatoriedade é prevista."

Há outros exemplos. A Suprema Corte norte-americana já, desde 1922, no caso *Zucht v. King*, decidiu que as escolas poderiam negar matrícula a crianças que não tivessem as vacinas mínimas exigidas por lei."

"Da mesma forma que na Califórnia, na Argentina, uma lei recentíssima, a Lei nº 27.491, de 2018, também, determina o caráter obrigatório para determinadas vacinas no país, pela questão da prevalência da saúde pública. E esse atestado de vacinação passou a ser exigido para inúmeras questões. Por exemplo, na lei argentina, obtenção de documentos oficiais. Não se consegue mais a renovação da carteira de identidade, do passaporte ou da carteira nacional de habilitação para dirigir, na Argentina, se não se comprovar a vacinação contra determinadas doenças."

Voto da Ministra Cármen Lúcia: "Assim decidiu também a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 20.2.1905, ao decidir o caso *Jacobson v. Massachusetts*, no qual Jacobson, residente da cidade de Cambridge, em Massachusetts, se recusava a ser vacinado contra a varíola, pelo que lhe foi aplicada multa. [...]"

“Em 6.7.1992, o Brasil internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, no art. 7º, assegura que ninguém poderá ser submetido ‘sem seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas’.”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Em período recente, a discussão tem sido ressignificada pelo recrudescimento mundial dos movimentos anti-vacina. Em 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou o ‘medo de vacina’ como uma entre as 10 maiores ameaças à saúde, tendo sido apontado como um dos problemas que mais poderia causar vítimas no ano de 2020. [...]”

“Na experiência norte-americana, compreende-se historicamente que a definição da compulsoriedade de medidas de vacinação se insere na cláusula constitucional dos poderes polícias dos Estados ou Entes Federados, conforme definido pela 10ª Emenda da Constituição. Os limites dessa compulsoriedade, por sua vez, foram definidos pela Suprema Corte no julgamento do célebre caso *Jacobson v. Massachusetts*, de 1905, em que o Tribunal apreciou pedido de cidadão que queria ser desonerado da obrigação de pagar uma multa por não aceitar receber a vacina contra varíola no Estado de Massachusetts.

Na decisão por maioria de 7x2, a Corte rechaçou o argumento de que a imposição da vacina seria contrária ao ‘direito inerente de todo homem livre de cuidar de seu próprio corpo e saúde’ (tradução livre). A decisão da Suprema Corte foi fundamentada na chamada Teoria do Pacto Social e no poder policial dos Estados de proteger a saúde pública e a segurança. O voto condutor do *Justice Harlan* destacou que o ‘governo é instituído ‘para o bem comum, para a proteção, segurança, prosperidade e felicidade do povo, e não para o lucro, honra ou interesses privados de qualquer homem’. A Corte reconheceu uma esfera de liberdades individuais protegidas, mas insistiu que o Estado tinha amplos poderes para invadir essa esfera quando ‘a segurança do público em geral assim o exigisse’ (traduções livres).”

“No ano de 1922, a Suprema Corte voltou ao tema, ao decidir que uma escola de ensino médio do Texas poderia banir uma estudante que se recusava a apresentar o comprovante de vacinação exigido no estado. No julgamento desse célebre caso *Zucht v. King*, o Justice Louis Brandeis reforçou o entendimento firmado no caso *Jacobson* para declarar que as normas de vacinação compulsória ‘não conferem poder arbitrário, mas apenas a ampla discricção necessária para a proteção da saúde pública’ (traduções livres). [...]”

“Na Alemanha, após diversas experiências com campanhas de vacinação obrigatória no século passado, hoje o regime jurídico sanitário tem suas bases legais bem definias na Lei de Proteção contra Infecções (*Infektionsschutzgesetz*). A Seção 20 (6) do IfSG declara que o Ministério Federal da Saúde (com a aprovação do Bundesrat) pode ‘ordenar que setores ameaçados da população participem de vacinações ou outras medidas de profilaxia específicas se uma doença transmissível ocorrer com formas clinicamente difíceis e deve se espalhar epidemicamente’, com exceções medicamente contra-indicadas. O diploma ainda atribuiu ao governo o poder de ‘tomar as medidas necessárias para evitar os perigos que ameaçam o indivíduo ou o público em geral’ quando os fatos indicam a ameaça de doenças transmissíveis. (traduções livres)

Em julgado recente da Corte Constitucional, de maio de 2020, o *Bundesverfassungsgericht* apreciou, em juízo sumário, a constitucionalidade da dispositivos do IfSG cujas redações foram alteradas pela chamada Lei de Proteção ao Sarampo (*Masernschutzgesetz*). A disposição legal contestada estabelecia que as crianças que são cuidadas em uma creche coletiva devem ter proteção vacinal suficiente contra o sarampo ou imunidade comprovada a essa doença, a menos que não possam ser vacinadas devido a alguma contra-indicação médica (§ 20.8 do IfSG).”

“Ainda a título de exploração do direito comparado, convém destacar que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), nas últimas três décadas, tem explorado intensamente o tema da compulsoriedade das campanhas de vacinação.

A discussão no âmbito supranacional Europeu é fomentada por grupos ativistas que defendem que a compulsoriedade da vacinação seria atentatória ao art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos [...]”

“No caso *Boffa e outros contra SanMarino* de 1995, a CEDH reconheceu que a interferência decorrente da vacinação obrigatória dos filhos dos requerentes contra a hepatite B era lícita e inspirada por um dos objetivos legítimos enunciados no artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia, a saber, o da necessidade de proteger a saúde do público e das pessoas em causa. A Comissão afirmou a ingerência como justificável e avançou para examinar se ela também era ‘necessária em uma sociedade democrática’.

Da mesma forma, no caso *Testemunhas de Jeová de Moscou v. Rússia*, a Corte enfatizou que ‘a livre escolha e a autodeterminação eram constituintes fundamentais da vida e que, na ausência de qualquer indicação da necessidade de para proteger terceiros, o Estado deve abster-se de interferir na liberdade de escolha individual na esfera dos cuidados de saúde, pois tal interferência só pode diminuir e não aumentar o valor da vida’ (traduções livres, parágrafo 136). Ao fazê-lo, a Corte indicou que o direito à vida privada poderia, em princípio, ser limitado para a proteção de terceiros.

Por fim, no caso *Solomakhin v Ucrânia*, em que o requerente havia sido involuntariamente vacinado contra a difteria durante uma epidemia o Tribunal sugeriu dois critérios para avaliar a necessidade de tal interferência em uma sociedade democrática: (1) considerações de saúde pública que requerem o controle da propagação de doenças infecciosas; e (2) a avaliação se as precauções necessárias foram tomadas com relação à adequação da vacinação para o caso individual em questão.”

9.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, nos termos do voto do Relator [...]”

10. ADI nº 4.878 e ADI nº 5.083: reconhecimento do “menor sob guarda” como dependente previdenciário²⁶

10.1 Identificação do caso

ADI nº 4.878 e ADI nº 5.083

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 08.06.2021

10.2 Resumo

Ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs) que têm por objeto norma que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes de segurado do INSS para fins de concessão de benefícios previdenciários. Alega-se violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF/1988) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que asseguram ao menor sob guarda os mesmos direitos previdenciários de um filho biológico. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência da ADI 4.878 e pela procedência parcial da ADI 5.083 para conferir interpretação conforme ao dispositivo questionado, para reconhecer o “menor sob guarda” na categoria de dependentes de benefícios assistenciais

²⁶ Julgamento em conjunto com a ADI 5.083.

do Regime Geral de Previdência Social, desde que comprovada a dependência econômica, conforme o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

10.3 Ementa

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o ‘menor sob guarda’ do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário.

2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o *status* protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

3. Embora o ‘menor sob guarda’ tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários.

4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários.

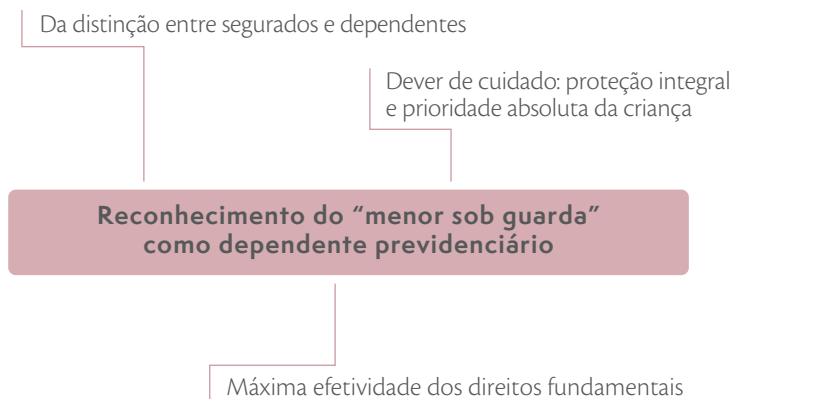
5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao ‘menor sob guarda’ o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB.

6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o ‘menor sob guarda’, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999).“

10.4 Tese

Não houve fixação de tese.

10.5 Fundamentação



Da distinção entre segurados e dependentes

“Princípio por traçar distinção que, em meu sentir, é imprescindível para o deslinde da controvérsia, entre segurados e dependentes. Segurados e dependentes são duas grandes categorias nas quais se dividem os beneficiários da Previdência Social (art. 201, CRFB). Os primeiros são pessoas físicas que, em razão do exercício de atividade laborativa ou mediante o recolhimento voluntário de contribuições, vinculam-se diretamente ao Regime Geral de Previdência Social. Os segundos são as pessoas físicas que possuem vínculo com o segurado e, em virtude deste liame, recebem a proteção social previdenciária. Os filhos são dependentes dos pais e, portanto, na falta destes, beneficiários da pensão por morte. Este direito encontra guarida no art. 16, I, da Lei nº 8213/1991, que considera dependentes do segurado, além do cônjuge, companheira ou companheiro, o filho.

Os filhos serão considerados dependentes, quando não emancipados, até a idade de 21 (vinte e um) anos. Para além desta idade, também serão dependentes, nos termos da legislação específica, os filhos inválidos, que tenham deficiência mental ou intelectual ou, ainda, deficiência grave.

Equiparam-se, ademais, a filhos, nos termos do § 2º do art. 16, o enteado e o ‘menor’ tutelado, desde que haja declaração do segurado e que reste comprovada a dependência econômica, na forma do Regulamento (Decreto 3048/1999).

Até o advento da Medida Provisória n.º 1523/1996, posteriormente convertida na Lei n.º 9528/1997, o ‘menor sob guarda’ também se equiparava a filho para fins previdenciários. Após a alteração, em obediência ao princípio da legalidade, o INSS deixou de considerá-lo como dependente, a não ser para o fim de concessão de pensão por morte nas hipóteses em que o óbito foi anterior à alteração legislativa, de modo a observar o princípio *tempus regit actum*.”

Dever de cuidado: proteção integral e prioridade absoluta da criança

“A doutrina da proteção integral ressignifica o estatuto protetivo de crianças e adolescentes, conferindo-lhes *status* de sujeitos de direito. Seus direitos e garantias devem, portanto, ser universalmente reconhecidos, diante de sua especial condição de pessoas em desenvolvimento. Garantem-se, assim, todas as suas necessidades, de modo não mais restrito à ambiência penal, como se dava no paradigma anterior. [...]”

“A prioridade absoluta, conforme Válder Kenji Ishida, significa primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, incluindo a judicial, a extrajudicial e a administrativa (ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e Adolescente: doutrina e jurisprudência. 15ed. São Paulo: Atlas, 2014, p; 14). [...]”

Máxima efetividade dos direitos fundamentais

“A interpretação que assegura ao ‘menor sob guarda’ o direito à proteção previdenciária deve prevalecer, não apenas porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Assegura-se, assim, a prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI da Constituição.”

10.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Ministro Edson Fachin (Redator do Acórdão): “A doutrina da proteção integral, como se pode depreender, consagra a proteção absoluta que deriva não apenas do *caput* do art. 227 da Constituição de 1988, mas, também, dos tratados internacionais vigentes sobre o tema, dos quais sobressai a Convenção dos Direitos das Crianças (Decreto 99710/1990).”

Voto da Ministra Rosa Weber: “Quanto ao tema, relembro, outrossim, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/90:

‘Artigo 26

1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.
2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.”

“A retirada da previsão anterior da Lei n. 8213/91 revela-se inconstitucional, sobretudo à luz da proibição do retrocesso quanto aos direitos sociais e do seu desenvolvimento progressivo, tal como previsto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: ‘Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.’”

10.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...] por maioria de votos, em julgar procedente a ação, de modo a conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o ‘menor sob guarda’, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Nunes Marques e Luiz Fux (Presidente).”

11. RE nº 1.008.166 RG/SC: obrigação estatal de garantir vagas em creches e pré-escolas a crianças de zero a cinco anos

11.1 Identificação do caso

RE nº 1.008.166 RG/SC

Recorrente: Município de Criciúma

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Relator: Ministro Luiz Fux

Julgamento: 22.09.2022

11.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) que questiona a obrigação do Estado em assegurar o atendimento, em creche e pré-escola, a crianças de 0 a 5 anos. O recorrido ajuizou mandado de segurança para garantir a matrícula de uma criança em creche pública no Município de Criciúma, no Estado de Santa Catarina. O município recorreu alegando dificuldades orçamentárias e argumentou que o acesso à educação infantil não constitui um direito subjetivo autoaplicável. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário e consolidou o entendimento de que a educação infantil é um direito fundamental de aplicação imediata e uma prerrogativa constitucional indisponível.

11.3 Ementa

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal).

2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007.

3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

4. *Ex positis*, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma. [...]”

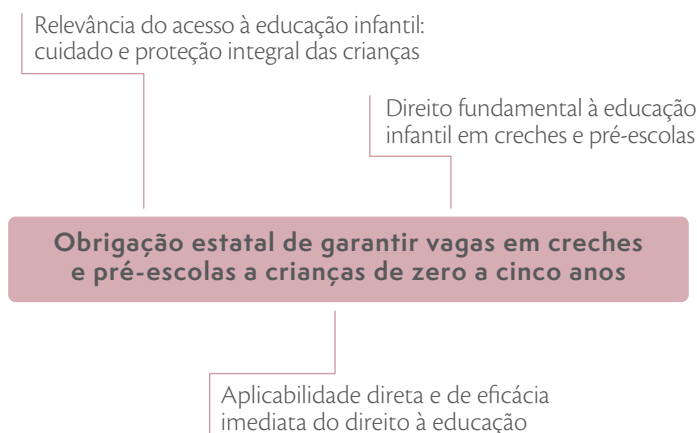
11.4 Tese

“1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.”

11.5 Fundamentação



Relevância do acesso à educação infantil: cuidado e proteção integral das crianças

“A educação infantil, como primeira etapa do ciclo de educação básica, assume relevância singular no início da formação da personalidade humana. Com efeito, as primeiras experiências de convívio educacional na primeira infância marcam etapas importantes na formação de sua personalidade, bem como da sua socialização e inteligência emocional, contribuindo para o desenvolvimento de capacidades psíquicas, físicas e motoras, em metodologia lúdica que permita o cuidado e a proteção integral das crianças.

Deveras, na primeira infância, o acesso à educação infantil de qualidade é essencial para que se busque, mediante o exercício de funções de cuidado, educação e atenção, a formação de componentes imprescindíveis ao desenvolvimento integral das crianças, para que essas possam, de forma ativa, começar a construir conhecimentos sobre si mesmas, bem como sobre o mundo que as cerca. Nesse contexto, a partir do momento em que o acesso ao mercado de trabalho se tornou necessário para o sustento econômico das famílias, emerge a necessidade das creches, como estabelecimentos extradomiciliares específicos destinados ao serviço de educação e cuidado para as crianças de primeira infância, enquanto os demais integrantes de suas famílias se afastam do lar para trabalhar.

No contexto normativo mais recente, a afirmação significativa do direito social à educação pela Constituição de 1988 – que prevê o dever do Estado em garantir ‘educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade’ (art. 208, IV) –, bem como da regulamentação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), reafirma-se a concepção das crianças como efetivos sujeitos de direitos à educação, ao cuidado e à proteção integral (art. 227 da CRFB/1988). Paralelamente, também se garante como direito social dos trabalhadores a ‘assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas’ (art. 7º, XXV, da CRFB/1988).”

Direito fundamental à educação infantil em creches e pré-escolas

“A questão sub examine gravita em torno de um dos mais sagrados direitos sociais – o direito à educação – posicionado em primeiro lugar no rol do art. 6º do texto constitucional:

‘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.’

A Carta de 1988 estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (CF/88, art. 205), a ser efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (CF/88, arts. 7º, XXV, e 208, IV), *verbis*:

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

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

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.”

Aplicabilidade direta e de eficácia imediata do direito à educação

“Extraí-se da jurisprudência a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário mediante determinações à Administração Pública para que

efetue a matrícula de crianças em creches e pré-escolas, a fim de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada de educação infantil.

Assim, ressoa inequívoco que o art. 208, IV, da Constituição Federal, que prevê o direito social à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, constitui norma de aplicabilidade direta e eficácia imediata, sendo plenamente possível exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material para sua concretização.”

11.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Ministro Relator, Luiz Fux: “[...] a Organização das Nações Unidas (ONU) enumera como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 da Agenda 2030 a promoção de educação de qualidade, para assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. De forma mais específica, a meta 4.2 dispõe sobre o compromisso de assegurar a todas as crianças o desenvolvimento integral na primeira infância (0 a 5 anos), mediante acesso a cuidados e à educação infantil de qualidade, de modo que estejam preparadas para etapas posteriores de sua vida escolar.

De outro lado, estudo publicado em 2011 e organizado em parceria pela Representação da UNESCO no Brasil, a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação no Brasil (MEC/SEB) e a Fundação Orsa revela um nítido perfil socioeconômico na disparidade de frequência à creche e no acesso à educação infantil no Brasil, *verbis*:

‘A frequência à creche tem um viés socioeconômico: enquanto apenas 10,8% das crianças atendidas se situam na faixa de rendimento familiar mensal médio *per capita* de até meio salário-mínimo (SM), 18,7% estão na

faixa de meio a um SM, 28,7% com mais de um até dois SM, 32% com mais de dois a três SM, e 43,6% são filhas de famílias cuja renda mensal média per capita é maior do que três SM²⁷.

Sob essa perspectiva, também se assevera que ‘A elaboração de políticas públicas que universalizassem o acesso a creches poderia contribuir para a redução das desigualdades sociais e raciais, posto que a educação implica reflexo direto no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, em ascensão social’²⁸. Em especial, são atingidas de forma ainda mais gravosa as mulheres mães de filhos pequenos, as quais procuram ingressar ou permanecer no mercado de trabalho, como há muito já reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Espanha, em Recurso de Amparo julgado em 1987.²⁹”

Voto da Ministra Rosa Weber: “Na seara do sistema regional de proteção dos direitos humanos, destaco o artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim redigido:

‘CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

²⁷ NUNES, Maria Fernanda Rezende; CORSINO, Patricia; DIDONET, Vital. Educação infantil no Brasil: primeira etapa da educação básica. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000214418>, p. 15.

²⁸ ROSSI, Danilo Valdir Vieira. Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.) Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 349.

²⁹ Recurso de Amparo 1.123/85 (1987). Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1987-18628>.

11.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...] apreciando o tema 548 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem para que reexaminasse o feito. [...]”

12. ADI nº 6.327: contagem de termo inicial de licença-maternidade e de salário-maternidade

12.1 Identificação do caso

ADI nº 6.327

Requerente: Solidariedade

Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 24.10.2022

12.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) convertida em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a interpretação dos dispositivos que regulam a licença-maternidade, especificamente o art. 392, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o art. 71 da Lei 8.213/1991. A controvérsia se deu sobre o termo inicial da contagem do prazo da licença-maternidade e do salário-maternidade, em caso de internação prolongada da mãe ou do filho. Decisões judiciais vinham fixando o início do benefício na data do parto, o que reduziria o tempo de convivência entre mães e filhos e comprometeria o aleitamento materno, além de configurar proteção insuficiente de direitos fundamentais, nos casos de mães e bebês internados por períodos prolongados. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a licença-maternidade e o salário-maternidade devem ter como marco inicial a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, com a devida prorrogação dos benefícios.

12.3 Ementa

“CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO § 1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Cumpridos os requisitos da Lei nº. 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível a fungibilidade entre ADI e ADPF.

2. A fim de que seja protegida a maternidade e a infância e ampliada a convivência entre mães e bebês, em caso de internação hospitalar que supere o prazo de duas semanas, previsto no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto nº. 3.048/99, o termo inicial aplicável à fruição da licença maternidade e do respectivo salário-maternidade deve ser o da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação.

3. O direito da criança à convivência familiar deve ser colocado a salvo de toda a forma de negligência e omissão estatal, consoante preconizam os arts. 6º, *caput*, 201, II, 203, I, e 227, *caput*, da Constituição da República, impondo-se a interpretação conforme à Constituição do § 1º do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 71 da Lei nº. 8.213/1991.

4. Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto.

5. A jurisprudência do STF tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão de fonte de custeio não é óbice para extensão do prazo de licença-maternidade, conforme precedente do RE n.º 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. A prorrogação de benefício existente, em decorrência de interpretação constitucional do seu alcance, não vulnera a norma do art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

6. Arguição julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n.º 3.048/99.”

12.4 Tese

Não houve fixação de tese.

12.5 Fundamentação

Direito do bebê ao cuidado parental e proteção social à maternidade e à infância

Contagem de termo inicial de licença-maternidade e de salário-maternidade

O melhor interesse da criança

Direito do bebê ao cuidado parental e proteção social à maternidade e à infância

“Reputo que, a se acolher uma exegese restritiva e literal das aludidas normas, o período de convivência fora do ambiente hospitalar entre mães e recém-nascidos acaba por ser reduzido de modo irrazoável e conflitante com o direito social de proteção à maternidade e à infância, assegurado pelos art. 6º, *caput*, 201, II, 203, I, e 227, *caput*, da Constituição, bem como por tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário. [...]”

“Por ocasião deste julgamento meritório, renovo, portanto, os fundamentos da decisão cautelar anteriormente proferida, os quais reproduzo e incorporo a este voto:

‘Partindo-se do princípio de que a Constituição não traz palavras vazias, é dizer que algo absoluto não comporta relativização. A doutrina da proteção integral deve ser, assim, compreendida na sua máxima efetividade, assim como o direito da criança à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência, e o dever constitucional de que percentual de recursos da saúde seja destinado à assistência materno-infantil.

[...]

O período de internação neonatal guarda as angústias e limitações inerentes ao ambiente hospitalar e à fragilidade das crianças. Ainda que possam eventualmente amamentar e em alguns momentos acolher nos braços seus filhos, é a equipe multidisciplinar que lhes atende, de modo que é na ida para casa que os bebês efetivamente demandarão o cuidado e atenção integral de seus pais, e especialmente da mãe, que vivencia também um momento sensível como é naturalmente, e em alguns casos agravado, o período puerperal. Não é por isso incomum que as famílias de bebês prematuros comemorem duas datas de aniversário: a data do parto e a data da alta. A própria idade é corrigida. A alta é, então, o momento aguardado e celebrado e é esta data, afinal, que inaugura o período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. É este, enfim, o âmbito de proteção.

Há uma unidade a ser protegida: mãe e filho. Não se trata apenas do direito do genitor à licença, e sim do direito do recém-nascido, no cumprimento do dever da família E do Estado de ter assegurado com ‘absoluta prioridade’ o seu ‘direito à vida, à saúde, à alimentação’, ‘à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar’, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência. (art. 227). Esse direito, no caso, confere-lhe, neste período sensível de cuidados ininterruptos (qualificados pela prematuridade), o direito à convivência materna.

Assim, a partir do art. 6º e do art. 227 da CF, vê-se que há, sim, uma omissão inconstitucional relativa nos dispositivos impugnados, uma vez que as crianças ou suas mães que são internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial.

E não se pode invocar o óbice do art. 195, § 5º: ‘Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.’

O benefício e sua fonte de custeio já existem. A Seguridade Social, deve ser compreendida integralmente, como sistema de proteção social que ‘compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social’.

“No que tange à proteção da maternidade e à infância, esta Corte saiu de um estado de coisas em que teve que garantir que a previdência social arcasse com os custos do salário-maternidade sem limitação ao teto (ADI nº. 1946) até o momento atual em que reconheceu o direito à licença estendida de 180 dias para um genitor monoparental (RE nº. 1348854).

No precedente da ADI nº. 1946, cuja relatoria coube ao e. Ministro Sydney Sanches, o STF deixou assente que a previsão do art. 7º, XVIII, da Constituição, acerca da licença à gestante não poderia se submeter a retrocesso social submetido pela reforma previdenciária de então.

Em julgados mais recentes, de lavra do i. Ministro Alexandre de Moraes, este Supremo Tribunal tratou de firmar que a proteção à maternidade e à infância, operada pela licença e benefício em relação aos quais se contende nesta ação, são ‘verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal’. [...]”

O melhor interesse da criança

“Sobre o ponto do melhor interesse da criança e da inovação trazida à época pela Convenção, colho a lição de André de Carvalho Ramos no sentido de que se trata de preceito que se irradia para conformar a atuação administrativa e legislativa, reconhece-se, pois, às crianças o direito a uma proteção social, senão vejamos:

‘O art. 3º, por sua vez, determina a consideração do melhor interesse da criança (*best interest of child*) em todas as ações relativas às crianças, levando a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos e que se assegure à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres dos seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão as medidas legislativas e administrativas adequadas. (...)’

No art. 26, reconhece-se o direito das crianças de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social. Assim, os estados devem adotar medidas necessárias para alcançar a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional'. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, p. 262 a 268).'

Em suma, a jurisprudência desta Corte tem considerado que a ausência de previsão legal não é óbice legítimo à denegação do pleito. A ausência de lei não significa, afinal, ausência da norma. Na esteira do quanto aduzi em sede cautelar, a omissão acarreta, na espécie, proteção deficiente dos direitos constitucionais que se busca resguardar por meio da presente demanda. [...]"

12.6 Diálogo entre o STF, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “Enfim, há muito este STF tem se posicionado, com firmeza, no sentido da afirmação das cláusulas constitucionais ora invocadas como parâmetro para interpretação conforme, de forma ainda a garantir a plena aplicabilidade do artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto n.º 99.710/1990, que prevê:

‘1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

a) reduzir a mortalidade infantil;

(...)

d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;

e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;’

Sobre o ponto do melhor interesse da criança e da inovação trazida à época pela Convenção, colho a lição de André de Carvalho Ramos no sentido de que se trata de preceito que se irradia para conformar a atuação administrativa e legislativa, reconhece-se, pois, às crianças o direito a uma proteção social, senão vejamos:

‘O art. 3º, por sua vez, determina a consideração do melhor interesse da criança (*best interest of child*) em todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos e que se assegure à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres dos seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão as medidas legislativas e administrativas adequadas.

(...) No art. 26, reconhece-se o direito das crianças de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social. Assim, os estados devem adotar medidas necessárias para alcançar a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional”. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, p. 262 a 268)’”

12.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...] em conhecer da ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental e, ratificando a medida cautelar, julgar procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei 8.213/1991 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto 3.048/1999), de

modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando a internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto 3.048/1999, nos termos do voto do Relator.”

13. RE nº 1.348.854: extensão da licença-maternidade a pai genitor monoparental

13.1 Identificação do caso

RE nº 1.348.854

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Marco Antônio Alves Ribeiro

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

Julgamento: 12.05.2022

13.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) em que se discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade a servidor público federal, genitor monoparental de crianças gêmeas, concebidas por meio de técnica de fertilização *in vitro* e gestação por substituição (“barriga de aluguel”). Em primeiro e segundo graus, o direito do servidor à licença-maternidade foi reconhecido, ao fundamento de que o benefício tem o propósito de proteger a criança e de possibilitar a formação de vínculo de afeto entre ela e seu genitor. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso do INSS e reconheceu o direito do pai solteiro à licença-maternidade, com base na prioridade e proteção integral à criança e na igualdade de deveres para com a prole entre homens e mulheres (art. 227, §§ 5º e 7º, da CF/1988).

13.3 Ementa

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (‘BARRIGA DE ALUGUEL’). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS.

1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização *in vitro* em ‘barriga de aluguel’, obter a licença-maternidade.

2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A *ratio* dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido.

3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores.

4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização *in vitro* e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia.

5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que ‘em consonância com a proteção integral da criança’, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito,

equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor’.

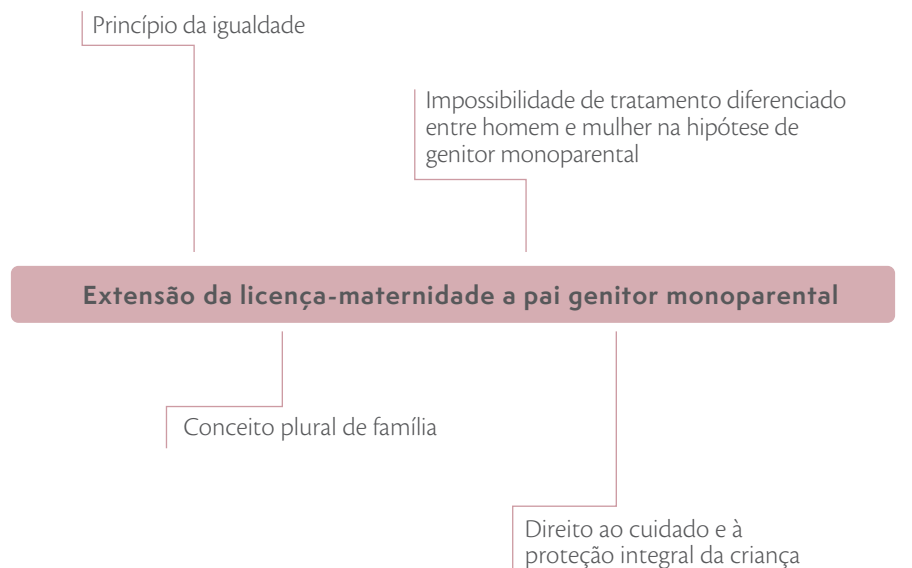
6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro.

7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. [...]”

13.4 Tese

“À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental.”

13.5 Fundamentação



Princípio da igualdade

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, porque o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.”

Impossibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher na hipótese de genitor monoparental

“O entendimento dessa Suprema Corte aponta que há situações onde o tratamento singularmente favorecido para a mulher pauta-se em justificativa plausível, pois a desequiparação se baseia em razões lógicas, como no caso dos serviços que expõem as empregadas gestantes e lactantes a atividades insalubres, ou na hipótese de despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, isso porque, nessas circunstâncias, a exposição da mulher que carrega o nascituro em seu ventre não só a prejudica, mas sobretudo coloca em risco à saúde da criança.

O tratamento jurídico entre homens e mulheres, nos termos do artigo 5º inciso I da Constituição Federal, deverá ser isonômico, somente sendo possível excepcional desequiparação quando for observado o binômio ‘elemento discriminador – finalidade constitucional’, com base em diferenças biológicas peculiares entre os gêneros.

Não é, entretanto, o que ocorre na presente hipótese, onde se busca a proteção integral da criança, a ser concretizada no termos do artigo 226 § 5º da Constituição Federal (‘Os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’), que atribuiu ‘ao homem e à mulher identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual’, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores. Na mesma direção, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei 8.069/1990 sedimentou a igualdade entre filhos, havidos ou não da relação de casamento, e assegurou ao pai e mãe o poder familiar em igualdade de condições, consoante os arts. 20, 21, e 22.”

Conceito plural de família

“Acompanhando os avanços da Constituição no campo da Justiça social e dos direitos da pessoa humana, a jurisprudência passou a legitimar as novas configurações de família. Importante ressaltar que, no julgamento das ADI 4277, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, e ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Também diversos precedentes dos Tribunais brasileiros placitaram a adoção de crianças por casais homossexuais, dos quais, cito a título de exemplo: RE 846.102, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, DJe de 18/3/2015; RESP 1281093, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 4/2/2013; AC 70013801592, Rel. DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, TJRS, DJ de 12/4/2006.”

Direito ao cuidado e à proteção integral da criança

“A *ratio* das normas constitucionais de proteção ao direito à maternidade (CF, artigos 6º; 7º, XVIII; 201); bem como de proteção à Família (CF, artigos 226, 227 e 229) tem, também, como finalidade a absoluta prioridade que a Constituição Federal, em seu artigo 227, estabelece para a integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido.”

“Esta CORTE, portanto, tem reiteradamente realçado que a Constituição de 1988, no art. 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), adotaram a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento, aos quais dever ser asseguradas todas as condições para a convivência familiar de maneira harmônica e segura, quer seja o vínculo familiar biológico, ou estabelecido pelos institutos da guarda ou adoção.”

“Nada obstante, consoante toda a fundamentação aqui expendida, conclui-se que o objetivo da licença-maternidade ou adotante é assegurar o melhor interesse da criança, uma vez que é nos primeiros dias de vida que se criam os laços de afetividade com aquele que será o responsável pela criação e educação do menor, elos indispensáveis para a construção de uma personalidade saudável.

Principalmente, na hipótese vertente, na qual a criança não terá o convívio com a mãe que a gerou por meio de fertilização *in vitro* e de gestação por substituição, a presença do pai após o nascimento torna-se imprescindível para resguardar a integral proteção da criança.”

13.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes: “Aliás, em que pese ser uma excepcionalidade na questão de gênero, a extensão de direitos aos homens – excepcionalidade por histórica, tradicional e tragicamente possuírem mais direitos do que as mulheres – cumpre destacar decisão da Suprema Corte Norte-americana na necessidade da preservação da igualdade na fruição de direitos entre homens e mulheres com a finalidade de consagrar a proteção à família, em especial a atuação, nos Estados Unidos, da célebre Justice da Suprema Corte RUTH GINSBURG, falecida no ano de 2020. Reconhecida por suas decisões em prol do direito das mulheres, é também certo afirmar que a magistrada projetou-se por sua defesa estratégica da igualdade entre os gêneros.”

“Estudo da Organização Internacional do Trabalho – OIT revela que, em alguns países europeus, têm sido estabelecido períodos de licença parental como direitos individuais dos pais, e não mais direitos compartilháveis (ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. Maternity and paternity at work: law and practice

across the world. International Labor Office – Genebra: ILO, 2014, p. 61). Confira-se o seguinte trecho do estudo:

‘Mesmo quando a licença parental pode ser usufruída tanto por mulheres como por homens, na prática geralmente são as mulheres que a utilizam. A fim de incentivar a aceitação da licença parental por parte dos homens, a atenção política voltou-se recentemente à atribuição de direitos individuais à licença parental, que não pode ser transferida para o outro progenitor, para que os pais que não usam a sua ‘quota’ a percam. Esta é a abordagem da União Europeia ao abrigo da diretiva relativa à licença parental, como já foi referido, que estabelece que a licença parental deve, em princípio, ser concedida de forma não transferível como meio de promover a igualdade de tratamento e igualdade entre homens e mulheres.’

Ainda, a OIT informa que:

‘Em 2010, o Conselho da União Europeia adotou um Acordo-quadro pelos parceiros sociais europeus em matéria de licença parental [...]. O quadro estabelece requisitos mínimos para licença parental com os objetivos de conciliar as responsabilidades profissionais e familiares e promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre mulheres e homens (a partir de março de 2012). Em parte, a revisão visava aumentar a aceitação da licença parental pelos pais; aumentou a licença em um mês para um total de quatro meses para cada pai e reforçou a licença como um direito individual ao fazer um mês para cada pai não transferível. Estabeleceu a importância da reposição de renda para encorajar a aceitação. Especialmente pelos pais.’

Voto do Ministro Nunes Marques: “Ser cuidada pelos pais é um direito fundamental da criança, nos termos do art. 7º, 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 99.710/1990, *in verbis*:

‘Artigo 7º

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.”

Voto do Ministro Luiz Fux: “O princípio do melhor interesse do menor encontra alicerce no art. 227 da CF/88, que estabelece ser ‘dever da família, da sociedade e do Estado’ assegurar à criança e ao adolescente ‘com absoluta prioridade’ os direitos nele previstos. Outrossim, é também reforçado pela legislação infraconstitucional (vide arts. 4º e 6º do ECA), além de previsto em instrumentos normativos internacionais (a exemplo do art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990).”

13.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, apreciando o tema 1.182 da repercussão geral, acordam em negar provimento ao recurso extraordinário, para manter o acórdão recorrido [...]”

14. RE 1.237.867: possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público com filho ou dependente portador de deficiência³⁰

14.1 Identificação do caso

RE 1.237.867

Recorrente: P.M.F.

Recorrido: Estado de São Paulo

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 17.12.2022

14.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) com repercussão geral em que se discute a possibilidade de aplicação analógica do art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990, para garantir a redução da jornada de trabalho a servidores públicos estaduais e municipais que sejam responsáveis pelo cuidado de filhos com deficiência, sem necessidade de compensação e sem redução salarial. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser viável a aplicação analógica e estendeu aos servidores públicos estaduais e municipais, para todos os efeitos, o art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990, quando houver omissão legislativa estadual ou municipal, desde que a medida não acarrete aumento de gastos ao erário.

³⁰ Este relatório foi desenvolvido exclusivamente com base no trecho da decisão objeto de publicação, tendo em vista tratar-se de caso sigiloso.

14.3 Ementa

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. TRATADO EQUIVALENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. LEI 12.764/2012. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM ALTERAÇÃO NOS VENCIMENTOS. SERVIDORA ESTADUAL CUIDADORA DE FILHO AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANALOGIA AO ART. 98, § 3º, DA LEI 8.112/1990. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUANDO A OMISSÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL OFENDE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL QUE NÃO ACARRETE AUMENTO DE GASTOS AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – A Carta Política de 1988 fixou a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.170/1990).

II – A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764/2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles.

III – A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

IV – A CDPD tem como princípio geral o ‘respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade’ (art. 3º, h) e determina que, nas ações relativas àquelas com deficiência, o superior interesse dela receberá consideração primordial (art. 7º, 2).

V – No Preâmbulo (item X), o Tratado é claro ao estabelecer que a família, núcleo natural e fundamental da sociedade, tem o direito de receber não apenas a proteção de todos, mas também a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

VI – Os Estados signatários obrigam-se a ‘adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção’ (art. 4º, a).

VII – A omissão do Poder Público, portanto, não pode justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais. Assim, a inexistência de lei estadual específica que preveja a redução da jornada de servidores públicos que tenham filhos com deficiência, sem redução de vencimentos, não serve de escusa para impedir que seja reconhecido a elas e aos seus genitores o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

VIII – A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores.

IX – O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112/1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário. Precedentes.

X – Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.

XI – Recurso extraordinário a que se dá provimento. Fixação de tese: ‘Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990.’”

14.4 Tese

“Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990.”

14.5 Fundamentação

Aplicação do melhor direito em favor da pessoa com deficiência

Possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público com filho ou dependente portador de deficiência

Princípio da igualdade substancial e direito ao cuidado

Aplicação do melhor direito em favor da pessoa com deficiência

“A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores.”

Princípio da igualdade substancial e direito ao cuidado

“Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.”

14.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

“II – A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764/2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles.

III – A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

IV – A CDPD tem como princípio geral o ‘respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade’ (art. 3º, h) e determina que, nas ações relativas àquelas com deficiência, o superior interesse dela receberá consideração primordial (art. 7º, 2).

V – No Preâmbulo (item X), o Tratado é claro ao estabelecer que a família, núcleo natural e fundamental da sociedade, tem o direito de receber não apenas a proteção de todos, mas também a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

VI – Os Estados signatários obrigam-se a ‘adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção’ (art. 4º, a).

[...]”

“X – Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.”

14.7 Dispositivo da decisão

“Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, apreciando o tema 1.097 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário [...]”

15. ADI nº 6.119: ampliação do acesso a armas de fogo e munições

15.1 Identificação do caso

ADI nº 6.119³¹

Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 03.07.2023

15.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que tem por objeto normas que alteram o Estatuto do Desarmamento (Decretos Presidenciais 9.685/2019, 9.785/2019 e 9.845/2019) e ampliam o acesso a armas de fogo e munições. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação parcialmente procedente e declarou inconstitucional os dispositivos que presumiam a necessidade de porte de armas para residentes em áreas violentas e reduziam o controle sobre a aquisição e registro, com base nos direitos constitucionais à vida e à segurança. Fixou, ainda, interpretação conforme à Constituição, segundo a qual a posse de armas de fogo só pode ser autorizada às pessoas que demonstrem concretamente, por razões profissionais ou pessoais, possuírem efetiva necessidade.

³¹ A ação foi julgada em conjunto com a ADI nº 6.139 e a ADI nº 6.466.

15.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ATOS ADMINISTRATIVOS. LICENÇAS. REGISTRO E PORTE DE ARMA DE FOGO. ART. 4º DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ART. 12, § 1º E § 7º, IV, DO DECRETO 5.123/2019 (COM ALTERAÇÃO DADA PELO DECRETO 9.685/2019). ART. 9º, § 1º DO DECRETO Nº 9.785/2019. ART. 3º, I E § 1º DO DECRETO Nº 9.845/2019. PERDA DE OBJETO POR REVOGAÇÃO DO DISPOSITIVO VERGASTADO. INOCORRÊNCIA. EFEITOS TEMPORALMENTE DIFERIDOS DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DE MÉRITO. DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA. DEVER DO ESTADO DE PROMOVER A SEGURANÇA PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. DEVER DE AGIR COM DILIGÊNCIA DEVIDA E PROPORCIONALIDADE PARA REDUZIR A CIRCULAÇÃO E O USO DE ARMAS DE FOGO NA SOCIEDADE. INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL A ADQUIRIR E PORTAR ARMA DE FOGO. ACESSO EXCEPCIONAL. CONTROLE QUANTO A NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REQUISITO DA EFETIVA NECESSIDADE. IMPERATIVIDADE DA DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. REGULAÇÃO QUE FERE A RESERVA DE LEI. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DIFICULDADE PRÁTICA IMPOSTA À FISCALIZAÇÃO. NECESSIDADE PRESUMIDA PARA RESIDENTES DE ÁREAS URBANAS VIOLENTAS. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO JUGADA PROCEDENTE.

1. A revogação dos Decretos nº 5.123/2019 e nº 9.785/2019 não obsta o conhecimento da ação, uma vez que o Partido-requerente, ao aditar a conteúdo a petição inicial, demonstrou a continuidade normativa dos dispositivos impugnados na

ordem jurídica. Ademais, trata-se de violação de direitos fundamentais tendente a se protrair no tempo, pelo que se preserva o interesse processual na discussão de sua constitucionalidade.

2. O conteúdo normativo dos direitos à vida e à segurança exige do Estado prestação ativa no sentido de construir uma política pública de segurança e controle da violência armada. 3. As obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante o direito internacional dos direitos humanos aprofundam a semântica dos direitos à vida e à segurança, devendo a responsabilidade do Poder Público passar pelo crivo da diligência devida e da proporcionalidade.

4. Da inexistência, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental ao acesso a armas de fogo pelos cidadãos, conclui-se que a aquisição e o porte devem estar sempre marcados pelo caráter excepcional e pela exigência de demonstração de necessidade concreta.

5. É dever do Estado promover uma política de controle da circulação de armas de fogo, implementando mecanismos institucionais de restrição ao acesso, dentre os quais se incluem procedimentos fiscalizatórios de licenciamento, de registro, de monitoramento periódico, e de treinamentos compulsórios.

6. A única interpretação conforme à Constituição da República do art. 4º, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, é aquela que toma a noção de ‘efetiva necessidade para aquisição de arma de fogo’ como requisito indeclinável de demonstração fática.

7. É incompatível com a Constituição da República, e com o dever de diligência devida na regulação de armas de fogo, norma que estabelece inversão do ônus probatório, determinando que se presumam verdadeiras as informações constantes de declaração de efetiva necessidade.

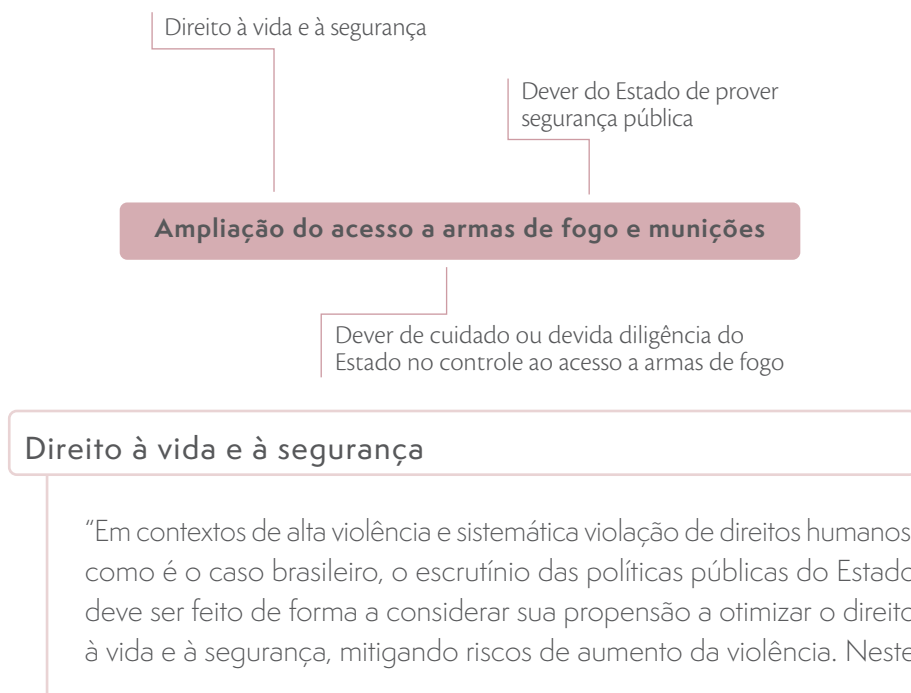
8. É contrária à Constituição da República a criação de categoria jurídica que excetue a efetiva necessidade em prol de ‘necessidade presumida’ para os residentes em áreas urbanas violentas. Esta exceção só seria justificável caso se demonstrasse, inequivocamente, a partir das melhores teorias e práticas científicas, que tal medida tenderia à produção de maior segurança pública. Inexistindo suporte epistêmico a esta premissa, conclui-se pelo triunfo dos direitos à vida e à segurança.

9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

15.4 Tese

Não houve fixação de tese.

15.5 Fundamentação



sentido, o dever de proteção à vida não se esgota, apenas, no controle interno exercido sobre os agentes do Estado, mas se estende à capacidade do Poder Público — entendida a partir de uma expectativa razoável de cumprimento do dever por um sujeito responsável — de controlar os riscos gerados por agentes privados.”

Dever do Estado de prover segurança pública

“A Constituição da República, não apenas em razão da explícita referência dos arts. 5º e 144, mas da própria ideia de Estado de Direito Democrático, determina que a segurança dos cidadãos deve primeiramente ser garantida pelo Estado, e não pelos indivíduos. São incompatíveis com o texto constitucional expedientes generalizados de privatização da segurança pública, ainda quando se assuma como premissa de fundo a realidade recalcitrante que se experimenta na matéria.

Em face do direito fundamental à vida e à segurança, o Estado não pode empregar a máxima encontrada no Digesto segundo a qual: *ultra posse nemo obligatur*. Em outras palavras, o Estado não pode alegar uma impossibilidade fática para se desincumbir do dever de segurança, determinando que os cidadãos velem por suas próprias vidas e patrimônios.”

Dever de cuidado ou devida diligência do Estado no controle ao acesso a armas de fogo

“Do exame do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, fertilizado pelos aportes do direito internacional dos direitos humanos, conclui-se que: a) o direito à vida e o direito à segurança geram o dever positivo do Estado brasileiro de ser o agente primário da segurança pública, não se desincumbindo ele desta obrigação com recurso a políticas de exercício da violência privada; b) não existe um direito

fundamental a possuir armas de fogo no Brasil; c) ainda que a Constituição da República não proíba universalmente a aquisição e o porte de armas de fogo, ela exige que estes ocorram sempre em caráter excepcional, e sejam justificados por uma particular necessidade; d) o dever de diligência devida do Estado o obriga a conceber e implementar mecanismos institucionais e regulatórios apropriados para o controle do acesso a armas de fogo, dentre os quais se incluem procedimentos fiscalizatórios de licenciamento, de registro, de monitoramento periódico, e de exigência de treinamentos compulsórios; e) qualquer política pública que envolva acesso a armas de fogo deve observar os requisitos da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.”

“[...] do dever estatal de garantir o direito à vida e à segurança de cidadãos brasileiros e estrangeiros, decorre o imperecível dever de fiscalização das condições de aquisição de armas de fogo. Como demonstrei na seção anterior deste voto, as obrigações inscritas nos arts. 5º e 144 da CRFB/88, assim como os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em relação a tratados e convenções de direitos humanos, e desarmamento da população civil, implicam que a aquisição de armas de fogo deve ser sempre tomada como excepcional. Por essa razão, e nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o Estado se compromete a determinar sempre rígidas condicionantes a que pessoas privadas entrem na posse legítima de armas de fogo.”

“Não age, portanto, o Estado com a devida diligência fiscalizatória diante do dever de garantir o direito à vida e à segurança. Entendo ocorrer, em igual medida, violação à competência legislativa em sentido estrito para a normatização das hipóteses legais de efetiva necessidade, porquanto, no plano eficaz da norma, torna-se impossível qualquer aferição sistemática dos critérios adotados em lei.”

15.6 Diálogo entre o STF e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “[...] COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, e seu Comentário Geral nº 36, que trata do art. 6.1 do *Pacto* (‘O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida’). Estabelece-se, ali, um liame particularmente sólido entre o direito de não ser privado arbitrariamente de sua vida (decorrência lógico-normativa do direito à vida *tout court*) e o dever, atribuído aos Estados-partes, de assegurar que a vida de cidadãos e estrangeiros seja protegida. O Comitê deriva daí, em cadeia de subsunção vertical, o dever de controle do uso desnecessário e desproporcional de armas de fogo:

‘Os Estados-partes devem adotar um quadro jurídico protetivo que inclua proibições penais efetivas contra todas as manifestações de violência ou incitação à violência que possam resultar em privação da vida, tais como homicídios dolosos e culposos, uso desnecessário ou desproporcional de armas de fogo, infanticídios, homicídios ‘de honra’, linchamentos, crimes de ódio violentos, vinganças privadas, mortes ritualísticas, ameaças de morte e ataques terroristas’ (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. General Comment nº 36. CCPR/C/GC/36, 03 de setembro de 2019, tradução livre).

É sabido que os Tribunais Internacionais, notadamente os Tribunais de Direitos Humanos, têm desenvolvido importante técnica interpretativa que se cristaliza no chamado princípio da ‘*due diligence*’, ou diligência devida. Trata-se de um *standard* hermenêutico que eleva as exigências de cumprimento de determinado dever jurídico de proteger àquilo que se poderia esperar, razoavelmente, da ação de um sujeito responsável orientado a se desincumbir de sua obrigação. Em termos de proteção aos direitos humanos, isso significa questionar se o agir efetivamente se voltou ao ‘dever de mitigar riscos’ (BAADE, Björnstjern. *Due Diligence and the Duty to Protect*. In: KREUZER, Leonhard, KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (org). *Due Diligence in the International Legal Order*. Oxford: O.U.P., 2020, p. 92-111, p. 93).”

“Importante indício, para a formulação de uma resposta, encontra-se no Comentário Geral nº 31, do COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 26.05.2004). Ali, o Comitê explicitou o alcance das obrigações legislativas dos Estados, advertindo que os deveres impostos pelo Pacto só poderiam ser efetivamente garantidos se os indivíduos fossem protegidos por leis e normas regulamentares adequadas tanto em relação à ação estatal, quanto em relação a atos privados. É precisamente essa norma que consubstancia o dever de adotar medidas legais, com *due diligence*, para a mitigação de riscos de aumento quantitativo e qualitativo da violência na sociedade.

Nessa mesma ordem de ideias, o COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER reconheceu que, perante o direito internacional e os tratados específicos de direitos humanos, os Estados também podem ser responsáveis por atos privados se eles falharem em agir com a diligência devida (*due diligence*) para prevenir ou para investigar e punir atos de violência (cf. General recommendation Nº. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation Nº. 19, CEDAW/C/GC, 14/07/2017).

No âmbito regional, a CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS tem insistido sobre o fato de que a obrigação de regular o uso da força não envolve apenas agentes públicos, mas também particulares. Isso porque o uso arbitrário da violência, tolerado pelo Estado por ações ou omissões, dá ensejo à responsabilização internacional por violações de direitos humanos. Já no ano de 1989, afirmava aquela Corte:

‘172. É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com

efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção' (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, julgamento de 29 de jul. de 1988, par. 172 [...])."

"A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, ao acolher esse relatório, observou que, se é bem certo que esses requisitos não impedem, *a priori*, todo e qualquer acesso às armas, tampouco infirmam a competência dos Estados de regularem as condicionantes do acesso segundo sua legislação local. Há, no entanto, 'um quase universal consenso acerca da necessidade de se adotar requisitos mínimos para a legislação nacional de autorização para a posse civil de armas como forma de proteger a segurança pública e a proteção de direitos humanos'. Assentou, ainda, que 'esse consenso é fator a ser levando em conta pelos mecanismos de direitos humanos quando sopesarem as responsabilidades positivas dos Estados para prevenir violações ao núcleo de direitos humanos em casos que envolvam violência armada no setor privado' (A/HRC/Sub. 1/58/27/ 27.07.2006, parágrafo 16).

O requisito da proporcionalidade figura ainda em diversos julgados internacionais relativos ao emprego da força em ações armadas. Em Comunicação datada do ano de 1982, no caso *Suarez de Guerrero v. Colombia* (Comunicação n. R11/45, A/37/40), o COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS advertiu o Estado colombiano de que a morte de Maria Fanny Suarez de Guerrero por forças policiais era resultado do uso desproporcional da força, gerando a responsabilização internacional da Colômbia."

"A violência doméstica, por exemplo, um grave problema brasileiro como apontam as condenações internacionais que o Estado já sofreu, é significativamente ampliada se houver amplo acesso às armas. Não por acaso, a COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS da ONU advertiu que o acesso às armas amplia o grau de violência

doméstica [A/HRC/17/26/Add. 5]. Em relatório conduzido pela professora Yakin Ertürk, Relatora especial para a violência contra a mulher, demonstrou-se que o acesso às armas reproduz estereótipos masculinos violentos que estão na raiz de padrões de violação sistemáticos aos direitos das mulheres (E/CN.4/1999/68/Add. 2, par. 48).”

“[...] os instrumentos do direito internacional dos direitos humanos atestam, de forma unívoca, os graves impactos da proliferação de armas. Cito recente relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, datado de 3 de julho de 2020: ‘Dez dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável contidos na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável referem-se à importância do controle de armas. Em sua Agenda para o Desarmamento, de 2018, o Secretário-Geral [das Nações Unidas] reconheceu que o controle de armas ajuda a encerrar conflitos, assegurar a paz e garantir o respeito pelos princípios de humanidade’ (*Impact of arms transfers on human rights. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/44/29, 03/07/2020).”

Voto do Ministro Nunes Marques: “[...] o Comentário Geral n. 36 do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos menciona que a proteção do direito à vida envolve expressamente o direito à legítima defesa. Do documento extraio o trecho a seguir:

Embora inerente a qualquer ser humano, o direito à vida não é absoluto. Apesar de o Pacto não enumerar os fundamentos admissíveis para a privação da vida, ao estabelecer que as privações da vida não podem ser arbitrárias, o artigo 6º, nº 1 reconhece implicitamente que algumas privações da vida podem não ser arbitrárias. Por exemplo, a utilização de força letal em legítima defesa, nas condições abaixo especificadas no parágrafo 12, não constitui privação arbitrária da vida.

Daí se infere que o direito à vida compreende o de não ser arbitrariamente dela privado. Por lógica, ele abrange o direito à legítima defesa. Sobre esse último discorre o parágrafo 12 do mencionado Comentário n. 36, do qual destaco os pontos que aqui interessam:

Para não ser considerada arbitrária à luz do artigo 6º; deverá constituir um método de último recurso, após as outras alternativas terem sido esgotadas ou consideradas inadequadas; o grau de força aplicada não pode exceder o estritamente necessário para responder à ameaça; a força aplicada deverá ser cuidadosa e unicamente dirigida contra o atacante; e será necessário que a ameaça, a que se pretende dar resposta, envolva um risco iminente de morte ou lesão grave. A utilização de força potencialmente letal, para fins de aplicação da lei, constitui uma medida extrema à qual só se deverá recorrer quando estritamente necessário para proteger a vida ou prevenir lesões graves face a uma ameaça iminente.”

“A esse respeito, Stephen Halbrook, jurista e estudioso do tema, citado em diversos casos da Suprema Corte norte-americana, aponta, nos EUA, de forma contundente a pouca eficácia para o controle da criminalidade que eventual proibição do uso de armas de fogo traria. Veja-se:

Os criminosos não obedecem às leis contra crimes violentos; muito menos obedeceriam às medidas de ‘segurança de armas’. Um número incontável de cidadãos em geral que são proprietários de armas cumpridores da lei não podem cumprir as leis que de forma clara violam o que eles percebem ser seus direitos. No entanto, eles enfrentarão condenações criminais e prisão se possuírem a coisa errada, como um rifle com uma coronha ou um carregador que contém treze munições.³²”

³² Artigo da Regent University Law Review, v. 33, 2020-2021. Disponível em: https://www.stephenhalbrook.com/wp-content/uploads/2021/10/Halbrook_VirginiasSecond-Amendment-Sanctuaries.pdf. Acesso em: 13 junho 2023.

“A corroborar tal reflexão, reconheço a relevância do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem assim, conforme o Comentário Geral n. 36, o alcance, pelo direito à vida, do direito de não ser arbitrariamente dela privado.

O próprio Comentário Geral n. 36 também expressamente menciona que o direito à legítima defesa é consequência direta da necessária proteção do direito à vida.”

15.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...] em conhecer parcialmente da ação direta, julgando-a parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 4º do Estatuto do Desarmamento, fixando a orientação hermenêutica de que a posse de armas de fogo só pode ser autorizada às pessoas que demonstrem concretamente, por razões profissionais ou pessoais, possuírem efetiva necessidade, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques e André Mendonça, que reconhecem a perda de objeto em maior extensão.”

16. RE nº 1.075.412: responsabilidade civil de veículos de imprensa por declarações falsas proferidas por entrevistado³³

16.1 Identificação do caso

RE nº 1.075.412

Recorrente: Diário de Pernambuco S.A.

Recorrido: Ricardo Zarattini Filho

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 29.11.2023

16.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o dever de indenizar da empresa jornalística, pela publicação de entrevista que imputava a prática de crime a um terceiro absolvido da imputação

³³ Em 20.03.2025, ao julgar embargos de declaração apresentados na tese de repercussão geral fixada no RE 1.0751412 (Tema 995), o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoou seu entendimento sobre as condições em que as empresas jornalísticas estão sujeitas à responsabilização civil e fixou a seguinte tese: "1 – Na hipótese de publicação de entrevista, por quaisquer meios, em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se comprovada sua má-fé caracterizada: (i) Pelo dolo demonstrado em razão do conhecimento prévio da falsidade da declaração, ou (ii) Culpa grave decorrente da evidente negligência na apuração da veracidade do fato e na sua divulgação ao público sem resposta do terceiro ofendido ou, ao menos, de busca do contraditório pelo veículo. 2 – Na hipótese de entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo, fica excluída a responsabilidade do veículo por ato exclusivamente de terceiro, quando este falsamente imputa a outrem a prática de um crime, devendo ser assegurado pelo veículo o exercício do direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade, nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. 3 – Constatada a falsidade referida nos itens acima, deve haver remoção de ofício ou por notificação da vítima, quando a imputação permanecer disponível em plataformas digitais sob pena de responsabilidade." BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Portal de notícias. STF fixa critérios para responsabilização de empresas jornalísticas que divulgarem acusações falsas. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/posts/noticias/stf-fixa-criterios-para-responsabilizacao-de-empresas-jornalisticas-que-divulgarem-acusacoes-falsas/>. Acesso em: 22 abr. 2025.

pela Justiça. O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação e reconheceu que a liberdade de imprensa deve ser exercida com responsabilidade e que os veículos de comunicação podem ser responsabilizados civilmente, caso não verifiquem a veracidade dos fatos antes de sua publicação.

16.3 Ementa

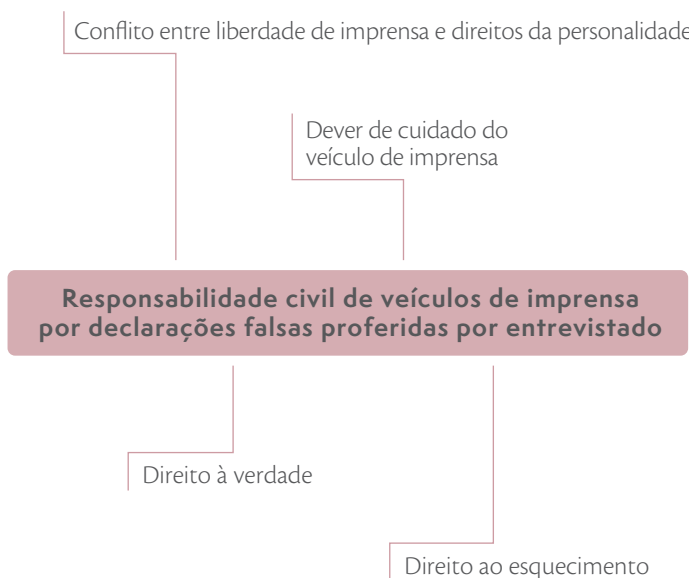
“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO-DEVER DE INFORMAR. REPRODUÇÃO DE ENTREVISTA. RESPONSABILIDADE ADMITIDA NA ORIGEM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A responsabilização civil de veículo de imprensa pela publicação de declarações feitas por outra pessoa em uma entrevista prejudica gravemente a contribuição da imprensa para a discussão de questões de interesse público.
2. Exigir que os jornalistas se distanciem sistemática e formalmente do conteúdo de uma declaração que possa difamar ou prejudicar uma terceira parte não é conciliável com o papel da imprensa de fornecer informações sobre eventos atuais, opiniões e ideias.
3. Caso não seja feita declaração de isenção de responsabilidade (*disclaimer*), pode haver ofensa a direito da personalidade por meio de publicação, realizada em 1993, de entrevista de político anticomunista na qual se imputa falsamente a prática de ato de terrorismo, ocorrido em 1966, a pessoa formalmente exonerada pela justiça brasileira há mais de 13 anos. [...]”

16.4 Tese

“1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios.”

16.5 Fundamentação



Conflito entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade

“A liberdade de imprensa goza de um regime de prevalência, sendo exigidas condições excepcionais para seu afastamento quando em conflito com outros princípios constitucionais. Para além da configuração de culpa ou dolo do agente, é necessário também que as circunstâncias fáticas indiquem uma incomum necessidade de salvaguarda dos direitos da personalidade.”

“[...] o regime jurídico de proteção da liberdade de expressão garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade de que os direitos da personalidade se façam respeitar, *a posteriori*, através de responsabilização civil e penal.”

Dever de cuidado do veículo de imprensa

“Com alguma variação terminológica, a doutrina tem elencado três requisitos fundamentais para o correto exercício da liberdade jornalística: a veracidade da notícia, a relevância social e a moderação expressiva (cf. FUMO, M. *La diffamazione mediatica*. Torino: Utet Giuridica, 2012; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; LOUREIRO, F. E. *Responsabilidade civil do veículo de comunicação pelos atos de terceiros*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; PASCHKE, Marian. *Medienrecht*. Heidelberg: Springer, 2009).

Por óbvio, e tendo em vista a jurisprudência desta Corte, que se orienta por um regime de precedência da liberdade de informação, a violação destes requisitos exige que se ultrapassem os limites elevados. Há que se demonstrar, por exemplo, que o contexto fático e normativo determinava um incremento no dever de cuidado do jornalista.

No caso sob análise, observam-se elementos desta natureza, pois os fatos alegados teriam sido cometidos por dissidente político em período de exceção democrática.

[...]"

"Há, contudo, um dever inegável, por parte dos veículos de imprensa, de redobrar os cuidados investigativos e a solidez técnica de suas análises, porque a disponibilidade e a qualidade das informações oficiais estão, em princípio, colocadas sob dúvida."

"Em outras palavras, os meios disponíveis ao cidadão para eventual debate, no seio da esfera pública, sobre autoria de crimes supostamente praticados contra o regime são escassos. Além de que o impacto de uma matéria jornalística, neste contexto, é intensificado, motivo pelo qual o dever de cuidado do veículo de imprensa deve ser redobrado."

Direito à verdade

"Ao direito à verdade situa-se como reverso, ou correspectivo, o dever dos Estados pós-ditatoriais de fornecer às vítimas 'o esclarecimento dos atos violatórios e as responsabilidades correspondentes, através da investigação e do julgamento que preveem os arts. 8 e 25 da Convenção [Americana de Direitos Humanos]' (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentença de 25 de novembro de 2000, § 201).

O direito à verdade, ainda que se dirija a uma atuação positiva do Estado, tem como pano de fundo de racionalidade a impossibilidade de confiar-se inteiramente nas informações produzidas por governos de exceção democrática. No que concerne aos dissidentes políticos, esta situação se torna dramática porque sua capacidade de produzir prova de sua inocência encontra-se largamente reduzida."

Direito ao esquecimento

“Essa é uma situação *sui generis* na qual os princípios irradiadores do direito à verdade se compatibilizam com o direito ao esquecimento. Este último, definido por Antonio Carlos Morato e Maria Cristina De Cicco como ‘o direito de uma pessoa a não ver publicadas notícias, já legitimamente veiculadas, concernentes a vicissitudes que lhe dizem respeito, quando entre o fato e a republicação tenha transcorrido um longo tempo’ (MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs.). Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 92.)”

16.6 Diálogo entre o STF, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Ministro Edson Fachin (Redator do Acórdão): “A partir da cláusula de abertura material contida no art. 5º, § 2º da Constituição da República, é possível afirmar que os sistemas universal e interamericano de proteção aos direitos humanos aportam significativa densificação a este conflito de princípios. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592/92, traz, em seu bojo, o art. 19 com o seguinte conteúdo:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá

estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas [...].

O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que claramente se inspira do art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também estabelece um regime de ponderação entre a liberdade de expressão e as salvaguardas dos direitos da personalidade:

ARTIGO 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão:

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

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

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

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

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

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

“Não por outra razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu sólida jurisprudência a respeito do que se convencionou chamar de um direito à verdade (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988); Caso Baldeón García vs. Perú (2006); Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006); Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (2007); Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009); Radilla Pacheco vs. México (2009); Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009); Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil. (2010); Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010); Caso Gelman vs. Uruguay (2011); Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012); Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela (2012); Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú (2013)).

Ao direito à verdade situa-se como reverso, ou correspectivo, o dever dos Estados pós-ditatoriais de fornecer às vítimas ‘o esclarecimento dos atos violatórios e as responsabilidades correspondentes, através da investigação e do julgamento que preveem os arts. 8 e 25 da Convenção [Americana de Direitos Humanos]’ (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentença de 25 de novembro de 2000, § 201).”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.

O Tribunal ressaltou que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores.

Considerou, inicialmente, que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*), estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, o Tribunal Constitucional Federal alemão concluiu que:

‘Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.”

Voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “A Constituição de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* dessas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados. Tal posição de preferência (*preferred position*) foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que

assentou que ela confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis.”

“Trata-se, aqui, de utilizar o *standard* do *actual malice*, desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana no caso *New York Times Co. v. Sullivan*³⁴, ao decidir sobre o conflito entre liberdade de imprensa e o direito à honra de agentes públicos. A Suprema Corte decidiu que a responsabilização do veículo de comunicação depende da comprovação de que atuou com dolo efetivo, ou seja, sabendo que a notícia era falsa (*knowledge of falsity*) ou com culpa grave, que se caracteriza pela manifesta negligência na apuração de sua falsidade ou veracidade (*reckless disregard*). A ideia por trás da doutrina do *actual malice* é a de que exigir a prova da verdade sobre declarações difamatórias pode desestimular as pessoas, em especial jornalistas, a publicarem declarações que elas julguem verdadeiras quando não puderem efetivamente comprovar sua veracidade, produzindo um efeito de inibição do discurso.”

16.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...] em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Rosa Weber (Presidente), que conheciam do recurso e davam-lhe provimento.”

³⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, julgado em 1964.

17. RE nº 842.844: direito a licença-maternidade e estabilidade provisória para servidora pública contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão

17.1 Identificação do caso

RE nº 842.844

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Recorrido: Rosimere da Silva Martins

Relator: Ministro Luiz Fux

Julgamento: 05.10.2023

17.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) com repercussão geral, em que se questiona decisão do Tribunal de Justiça local, que garantiu a servidora pública contratada por prazo determinado os direitos à licença-maternidade e à estabilidade provisória, ao fundamento de se tratar de contratação precária. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso e ressaltou que as gestantes contratadas pela administração pública por prazo determinado ou em cargo em comissão têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez e até cinco meses após o parto.

17.3 Ementa

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA GESTANTE. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR CARGO COMISSIONADO, NÃO EFETIVO, OU POR CONTRATO TEMPORÁRIO. DIREITO À LICENÇA MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RECONHECIDAS A TODAS AS TRABALHADORAS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. O Texto Constitucional foi expresso em ampliar a proteção jurídica à trabalhadora gestante, a fim de garantir como direito fundamental a licença maternidade (art. 7º XVIII, CF/1988), além de assegurar a estabilidade provisória no emprego.

5. A licença-maternidade, prevista como direito indisponível, relativo ao repouso remunerado, pela Carta Magna de 1988, impõe importantíssimo meio de proteção não só à mãe trabalhadora, mas, sobretudo, ao nascituro, salvaguardando a unidade familiar (art. 226 da CF/1988), como também a assistência das necessidades essenciais da criança pela família, pelo Estado e pela sociedade (art. 227 da CF/1988).

6. O tempo de convívio familiar é uma das necessidades descritas no Texto Constitucional, na medida em que, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança, pois que a genitora poderá atender-lhe as necessidades básicas.

7. A licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre a mãe, o nascituro e o infante, além de proteger a própria sociedade, considerada a defesa da família e a segurança à maternidade, de modo que o alcance do benefício não mais comporta uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.

8. A Constituição alça a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (CF, art. 203, inc. I). Assim, revelou-se ser dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal.

9. A estabilidade provisória relaciona-se à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), em vista que tal amparo abrange não apenas a subsistência da empregada gestante, como também a vida do nascituro e o desenvolvimento sadio do bebê em seus primeiros meses de vida.

10. A relevância da proteção à maternidade na ordem jurídica vigente impõe ao intérprete, dentre as diversas alternativas hermenêuticas possíveis, optar por aquela que confira máxima efetividade às finalidades perseguidas pelo Texto Constitucional, sendo que a tolerância à exclusão da proteção à maternidade ao argumento da precariedade dos vínculos com a Administração Pública vai de encontro aos objetivos constitucionais.

[...]

17. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assegura os direitos às trabalhadoras gestantes ocupantes de cargos comissionados ou contratadas temporariamente, conforme demonstram os precedentes, impondo-se a sua observância para a inferência de que as garantias constitucionais de proteção à gestante e à criança devem prevalecer sob os efeitos da natureza de quaisquer vínculos com a Administração Pública. [...].”

17.4 Tese

“A trabalhadora gestante tem direito ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, ainda que ocupe cargo em comissão ou seja contratada por tempo determinado.”

17.5 Fundamentação

Dever de cuidado do Estado na proteção das mulheres diante da maternidade

Direito a licença-maternidade e estabilidade provisória para servidora pública contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão

Relação entre licença-maternidade e direito ao cuidado do nascituro

Dever de cuidado do Estado na proteção das mulheres diante da maternidade

“Deveras, a temática relaciona-se à inserção da mulher no mercado de trabalho, o que foi fator para o Estado promover políticas públicas que conciliassem a família e o trabalho, para o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher. Por esse motivo, as medidas adotadas pelo Estado, como a proteção à maternidade, são de discriminação positiva, ou seja, não constituem prerrogativa injustificada ou abusiva, pois o Estado favorece as mães como forma de tratar as diferenças naturais e amplamente justas entre os sexos. De fato, o *thema decidendum* concretiza a evolução

dos direitos atinentes, sobretudo no tocante à proteção da mulher no período da gravidez, além da proteção do nascituro e do infante.”

“Entretanto, em que pese os grandes avanços conquistados ao longo dos anos, a mulher contemporânea hoje se depara com o desafio de equilibrar o mesmo nível de cobranças profissionais masculinas com o singular papel de ser mãe, o que frequentemente acaba gerando distorções anticompetitivas no mercado de trabalho – uma falha de mercado que apenas poderá ser endereçada através de políticas públicas, como é o caso da materialização da garantia constitucional das licenças parentais.”

“O direito à licença maternidade tem por razão o reconhecimento das dificuldades fisiológicas e sociais enfrentadas pelas mulheres durante o período do puerpério, considerando as circunstâncias pós-parto, como a recuperação físico-psíquica da mãe, além da importância da amamentação nos primeiros meses de vida da criança.”

“[...] a Constituição Federal foi expressa em ampliar as proteções jurídicas à trabalhadora gestante, a fim de garantir como direito fundamental a licença maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII, CF/1988), além de assegurar a estabilidade provisória no emprego, até que uma lei complementar disciplinasse a matéria, estabelecido o marco temporal desde a ciência da gravidez até cinco meses após o nascimento da criança (art. 10, II, b, ADCT) [...]”

“Por conseguinte, ao estabelecer a licença à gestante (ou licença maternidade) como um direito indisponível relativo ao repouso remunerado, o constituinte de 1988 impôs importantíssimo meio de proteção não só à mãe trabalhadora, mas, sobretudo, ao nascituro. Para tanto, visa-se proteger a unidade familiar (art. 226 da CF/1988), como também assegurar a assistência das necessidades essenciais da criança pela família, pelo Estado e pela sociedade (art. 227 da CF/1988).”

“Mais recentemente, um grupo de pesquisadores dos Estados Unidos e do Canadá realizaram uma ampla revisão literária de estudos empíricos que investigaram os impactos de políticas de licenças parentais no bem-estar familiar, incluindo a saúde da mãe e da criança, a ampliação

da participação das mulheres no mercado de trabalho e o crescimento econômico, analisando um amplo leque de países, dos mais diferentes níveis de desenvolvimento econômico (HEYMANN et al. *Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development era*. Public Health Reviews, 2017, 38:21).“

“Ora, o resultado destes estudos demonstra que a proteção à maternidade não decorre apenas da circunstância jurídica de estar ela prevista expressamente na Constituição Federal como um direito, mas da realidade natural de que ela representa não somente a própria preservação da espécie humana, como também uma responsabilidade adicional que recai desproporcionalmente sobre as mulheres.

É neste contexto que nasce, portanto, o dever do Estado em garantir que o fardo decorrente do excesso de responsabilidades acumuladas pela mulher contemporânea possa ser atenuado, aumentando os incentivos para que a decisão de ser mãe não se torne uma exceção – ao menos não por falta de políticas públicas que forneçam o suporte necessário ao exercício da maternidade.

A licença-maternidade, uma das políticas públicas mais importantes na consecução deste objetivo, ostenta, como visto, uma dimensão verdadeiramente plural, ou seja, recaindo sobre a mãe, o nascituro e o infante, além de proteger a própria sociedade. [...]”

Relação entre licença-maternidade e direito ao cuidado do nascituro

“Com efeito, o tempo de convívio familiar é uma das necessidades descritas no Texto Constitucional, na medida em que, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança, uma vez que o afastamento laboral remunerado permite à

mulher a tranquilidade para reabilitar-se física e mentalmente após o parto, além de possibilitá-la a opção de investir mais tempo no desenvolvimento deste novo membro na família – o que é fundamental para a harmonia do núcleo familiar.”

“In casu, um raciocínio semelhante merece ser adotado, uma vez que tanto as evidências empíricas, quanto a relevância constitucional da matéria apontam para a necessidade de que o direito à licença-maternidade não seja restringido apenas às servidoras públicas, mas também possa abranger empregadas celetistas, nos termos do art. 7º, XVIII, e art. 39, § 3º, da Constituição da República, isto porque a natureza plural ostentada pela licença-maternidade requer que, ao decidir sobre o tema, sejam considerados os interesses da mãe, do nascituro, do infante, e de toda a sociedade.”

“Neste sentido, pode-se dizer que a estabilidade provisória relaciona-se à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), em vista que tal amparo abrange não apenas a subsistência da empregada gestante, como também a vida do nascituro e o desenvolvimento sadio do bebê em seus primeiros meses de vida. Desse modo, por se tratar de direito constitucional fundamental, a norma que prevê a estabilidade provisória deve ser interpretada de forma que sua efetividade prática reste garantida.”

“A garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa tem por objeto primordial a proteção do nascituro, o que também acaba por salvaguardar a trabalhadora gestante beneficiária da condição material protetora da natalidade. Essa a razão a garantir os direitos sociais à licença maternidade e à estabilidade no emprego às servidoras ocupantes de cargo em comissão e às trabalhadoras contratadas temporariamente.”

17.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Luiz Fux: “Especificamente em relação à licença maternidade, a primeira legislação de alcance nacional a contemplá-la foi a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, de 1943, na qual se estabeleceu o período de 84 dias e o custeio pelo empregador — o que implicava, no tocante a essa última, restrições às mulheres no mercado de trabalho. A fim de evitar esse tipo de discriminação, houve recomendação da Organização Internacional do Trabalho — OIT, por intermédio do artigo IV, item 8, da Convenção 103/1952, ratificada pelo Brasil em 1965, que *‘em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega’*, pois, caso contrário, seria uma condição desfavorável à contratação de mulheres, o que culminou na solução de custear tais prestações através de um sistema de seguridade social.”

“Para além do âmbito legislativo, há também uma ampla experiência jurisprudencial sobre o tema, como é o caso do entendimento emanado pela Corte Constitucional chilena, ao examinar um caso em que se questionava a inaplicabilidade do art. 57 da Lei 18.948/1990 (Lei Orgânica das Forças Armadas do Chile), o que poderia produzir um resultado inconstitucional, dada a previsão da desvinculação das profissionais integrantes do quadro de pessoal da tropa profissional, por ter terminado o prazo máximo de cinco anos de serviço efetivo, mesmo em seu período de licença-maternidade, quando gozariam de prerrogativas trabalhistas que protegem a maternidade (Sentença 2796-15-INA). O Colegiado chileno concluiu que o benefício da maternidade é de titularidade de todas as funcionárias públicas e trabalhadoras do país, sendo que a circunstância do pessoal das Forças Armadas estar sujeito a um estatuto administrativo especial de acentuado rigor, em atenção à especificidade das suas funções, não permitiria afastar a proteção da maternidade.”

“Ao igualmente debruçar-se sobre o tema, a Corte Constitucional da Colômbia assegurou a prevalência das garantias constitucionais de proteção à gestante e à criança, reconhecendo o direito a uma cidadã contratada temporariamente, avisada da rescisão aos dois meses de gravidez. A solicitação da reintegração e outros benefícios esteve fulcrada na violação dos direitos fundamentais à saúde em conexão com a vida, à seguridade social, igualdade e maior estabilidade no emprego de mulheres grávidas, além do grave perigo para o direito fundamental à saúde do filho recém-nascido. Nada obstante o argumento da empresa ré de que apenas tomou conhecimento da gravidez após ter notificado a trabalhadora da conclusão dos trabalhos, tendo em vista a conclusão da obra, a Corte Constitucional colombiana decidiu por reconhecer à cidadã o direito à licença maternidade e o pagamento de indenização legal (Processo 32; T-2.501.852).”

“Tomando por base essas premissas, observa-se a inexistência no conceito de proteção à maternidade, considerada a sua essência como decorrente de fenômeno natural e biológico, traços distintivos a conceder a garantia a algumas mães servidoras e afastá-la a outras. Vale lembrar ainda que a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1952, marco na proteção aos direitos excepcionais do período da maternidade, garante a toda mulher a licença-maternidade (artigo III, item 1).”

Voto do Ministro Cristiano Zanin: “Neste ponto, ressalto que a licença-maternidade e a proteção contra despedidas arbitrárias também estão previstas na Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil e consolidada por meio do art. 2º, XXIV, do Decreto nº 10.088/2019:

‘Artigo III

1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

[...]

Artigo VI

Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.”

Voto do Ministro Nunes Marques: “Em âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou três convenções a respeito: as de número 3, de 1919; 103, de 1952; e 183, de 2000, visando assegurar a saúde da mãe e do filho e a redução da mortalidade infantil, bem como promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres, além de proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe.

A propósito, o art. 3º, 1, da Convenção OIT n. 103, de 1952, prevê:

1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20.11.1989 e ratificada no Brasil pelo Decreto n. 99.710/1990, determina, em seu art. 3º, que o melhor interesse da criança deve prevalecer em todas as situações:

“Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.”

17.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, apreciando o tema 542 da repercussão geral, em conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento [...].”

18. ADO nº 20: mora legislativa na regulamentação da licença-paternidade

18.1 Identificação do caso

ADO nº 20

Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS

Interessados: Presidente da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 14.12.2023

18.2 Resumo

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) que tem por objeto o reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional na regulamentação da licença-paternidade (art. 7º, XIX, da CF/1988), ensejando proteção deficiente ao referido direito social. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional e destacou que a licença-paternidade com prazo adequado é essencial para a igualdade de gênero, bem como para a proteção da infância e da família. Fixou-se, ainda, o prazo de 18 meses para que o Legislativo regulamentasse a questão, sob pena de o próprio STF deliberar sobre o tema.

18.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. LICENÇAPATERNIDADE. ARTIGO 7º, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE MORA LEGISLATIVA. OMISSÃO

INCONSTITUCIONAL. CONSEQUÊNCIA. PRAZO DE 18 (DEZOITO) MESES PARA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA.

I – CASO EM EXAME

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que se postula a regulamentação da licença-paternidade, nos termos do artigo 7º, XIX, da Constituição da República de 1988, alegando-se mora legislativa e proteção deficiente da legislação existente.

II - QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Saber se há, ou não, omissão inconstitucional, diante da previsão do artigo 10, § 1º, do ADCT, que garante o prazo de cinco dias de licença-paternidade ‘até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7º, XIX, da Constituição da República’.

3. Saber se, declarada a omissão inconstitucional, haverá alguma consequência para o gozo do direito fundamental à licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX, da Constituição da República.

III – RAZÕES DE DECIDIR

4. O direito fundamental social à licença-paternidade apresenta-se como direito fundamental essencial para a concretização não apenas das garantias institucionais da família (art. 226 da CRFB) e da proteção integral da infância (art. 6º e 203 da CRFB), mas, principalmente, do direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres (art. 5, I, da CRFB).

5. O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho leva ao incremento da importância de políticas públicas relacionadas ao cuidado com os filhos, as quais possam contribuir para a equidade de gênero, para atender ao melhor interesse da criança, para a saúde mental de pais e mães, bem como para

o planejamento familiar e diminuição do impacto do nascimento de um filho na carreira das mulheres.

6. É necessário alterar os padrões comportamentais de homens e mulheres, em relação à distribuição sexual do trabalho, especialmente quanto ao trabalho doméstico, pois que as experiências comparadas demonstram, o que é confirmado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, que os avanços sociais e econômicos são mais igualitários e sustentáveis quando há um compartilhamento das licenças maternidade e paternidade.

7. O efeito dirigente dos direitos fundamentais impõe que exista um esforço cooperativo por partes dos agentes políticos e públicos, vinculados a todas as funções de poder, no sentido de concretizar e potencializar a eficácia das normas constitucionais, especialmente quando se trata de direitos fundamentais sociais expressamente reconhecidos pelo legislador constituinte originário, como é o caso da licença-paternidade, previsto no artigo 7º, XIX, da Constituição da República de 1988.

8. O artigo 10, § 1º, do ADCT constitui regra transitória, prevista há mais de 35 anos, a qual foi se revelando, ao longo do tempo, manifestamente insuficiente para regulamentar o direito fundamental à licença-paternidade (art. 7º, XIX, da CRFB), bem como à família (art. 226 da CRFB), à proteção integral da infância (art. 6º, *caput*, e 203 da CRFB) e à igualdade de gênero (art. 5, I, da CRFB).

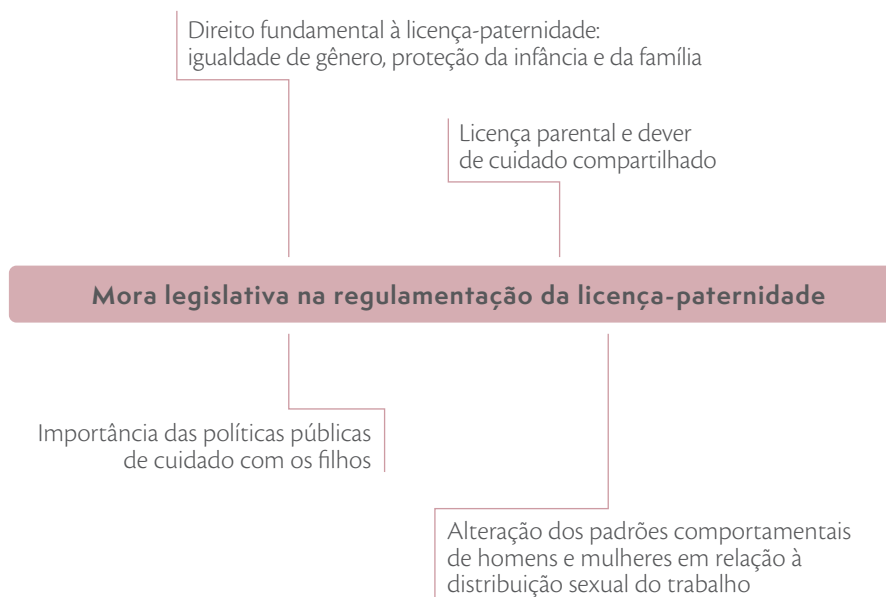
IV – DISPOSITIVO E TESE

9. Pedido de declaração da omissão inconstitucional procedente, para declarar a mora legislativa, quanto à regulamentação do artigo 7º, XIX, da CRFB e artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando-se o prazo de 18 meses ao Congresso Nacional para sanar a omissão, o que se não ocorrer, autorizará o Supremo Tribunal Federal a deliberar sobre o tema. [...].”

18.4 Tese

“Há omissão inconstitucional quanto à edição de lei regulamentadora da licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX, da Constituição da República de 1988, fixando-se o prazo de 18 (dezoito) meses para que seja sanada a omissão pelo Poder Legislativo, o que, se não ocorrer, autoriza ao Supremo Tribunal Federal a deliberar sobre as condições concretas necessárias ao gozo do direito fundamental à licença-paternidade.”

18.5 Fundamentação



Direito fundamental à licença-paternidade: igualdade de gênero, proteção da infância e da família

“O direito fundamental social à licença-paternidade apresenta-se como direito fundamental essencial para a concretização não apenas das garantias institucionais da família (art. 226 da CRFB) e infância (art. 6º e 203 da CRFB), mas principalmente do direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres (art. 5, I, da CRFB).

Com efeito, com a promulgação da Constituição de 1988, a família ganhou nova roupagem, acompanhando um caminhar da sociedade, que paulatinamente deixa de se centrar numa visão de família patriarcal e passa a admitir que os vínculos familiares centram-se no afeto das relações entre as pessoas. [...]”

“Nessa perspectiva, a Constituição consagrou, em seus artigos 226 e 227, essa nova significação da família, centrada no afeto como valor preponderante, inclusive no que tange ao reconhecimento e estabelecimento da paternidade.”

Licença parental e dever de cuidado compartilhado

“Vale ressaltar que, em 1988, o discurso que levou à aprovação da licença-paternidade, ainda que louvável, foi calcado na necessidade de o pai amparar a mãe em momento de fragilidade causado pelo parto. O Deputado Alcení compartilhou com os colegas constituintes sua experiência pessoal e profissional, como médico, da importância do direito para os momentos em que o pai precisasse se ausentar do trabalho para assistir o recém-nascido em razão de situação de risco enfrentada pela mãe. O que vivenciamos na quadra atual é de uma compreensão que evoluiu, para a qual o momento de 1988 foi certamente importante.

A experiência internacional revela que muitos países avançam para adotar a chamada licença parental, ou seja, um período remunerado em que o casal, ou o pai, ou a mãe, ou seja, os responsáveis pelos cuidados com a criança, tenham liberdade de determinar quem se dedica ao filho com maior intensidade em cada momento.”

Importância das políticas públicas de cuidado com os filhos

“O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho leva ao incremento da importância de políticas públicas relacionadas ao cuidado com os filhos, as quais possam contribuir para a equidade de gênero, para o suporte da criança, para a saúde mental de pais e mães, bem como para o planejamento familiar e para a diminuição do impacto do nascimento de um filho na carreira da mulher. [...]”

“Como primeira premissa da discussão aqui encetada é de reconhecer-se a seriedade e importância da proteção à família e à infância como uma responsabilidade conjunta de homens e mulheres. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais à licença-maternidade e à licença-paternidade não podem ser considerados como benefícios da mãe ou do pai, porque, em sua essência, são direitos de toda a comunidade social.

Este ponto de partida impõe interpretação de que os direitos fundamentais sociais às licenças maternidade e paternidade devem ser equiparáveis, especialmente porque já estão reconhecidas, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, as uniões estáveis homoafetivas (ADI 4.277, Relator Ministro Carlos Britto, Plenário, DJe 14.10.2011) e a parentalidade sócioafetiva (RE 898.060, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 24.08.2017).”

Alteração dos padrões comportamentais de homens e mulheres em relação à distribuição sexual do trabalho

“Não se pode ignorar a existência de diversos fatores que contribuem para tratamento desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, tais como a vinculação entre o trabalho formal e a proteção conferida pelos sistemas contributivos; os papéis sociais tradicionais desempenhados pelos gêneros na sociedade (homem provedor, mulher cuidadora); a participação menor (embora crescente) da mulher no mercado de trabalho; a remuneração inferior ao trabalho das mulheres, bem como a falta de reconhecimento das tarefas de cuidado, geralmente desempenhada, sem remuneração, por mulheres. As políticas públicas, nesse contexto, devem ser desenhadas para minorar tais impactos e a licença-paternidade é um direito que pode desempenhar impacto relevante.

Outrossim, é preciso considerar que muitos ganhos históricos da igualdade de gênero somente foram possíveis quando homens e mulheres se uniram em direção ao objetivo único e comum de construir juntos uma sociedade mais igualitária. [...]”

18.6 Diálogo entre o STF, Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Ministro Edson Fachin (Redator do Acórdão): “Uma segunda e importante premissa que deve ficar registrada, nesse contexto, é a necessidade de alteração dos padrões comportamentais de homens e mulheres em relação à distribuição sexual do trabalho, pois que as experiências comparadas demonstram, o que é confirmado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, que os avanços sociais e econômicos são mais igualitários e sustentáveis quando há um compartilhamento das licenças maternidade e paternidade. O equilíbrio entre trabalho e responsabilidades familiares tem apoio na Convenção n. 156/1981 da OIT e na Recomendação 165/191:

A Convenção nº 156 versa sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. Ela reconhece os problemas e necessidades particulares enfrentados por estes/as trabalhadores, definidos como ‘homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos e filhas dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir’.

Essa Convenção estabelece a obrigação dos Estados de incluir, entre os objetivos da sua política nacional, medidas para permitir que pessoas com responsabilidades familiares possam exercer seu direito de assumir um emprego sem serem discriminadas e sem conflitos com suas responsabilidades familiares e profissionais. Prevê também que os Estados devem implementar medidas para permitir às pessoas a livre escolha de ocupações, o acesso à educação e a reintegração à força de trabalho após uma ausência em função de responsabilidades familiares. Contempla, ainda, a adoção de medidas com relação ao desenvolvimento de serviços comunitários, públicos e privados de assistência à infância e à família que levem em conta as necessidades desse grupo de trabalhadores e trabalhadoras. Por último, assinala claramente que as responsabilidades familiares não devem constituir, por si só, uma causa para demissão.

A Recomendação nº 165 especifica medidas de apoio para garantir o acesso, a permanência e a reintegração ao trabalho de trabalhadores/as com responsabilidades familiares. Inclui também medidas para melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida dos trabalhadores/as, como jornadas de trabalho mais reduzidas e flexibilidade de horários. Propõe, ainda, medidas que levem em consideração as condições de trabalhadores e trabalhadoras em regime de tempo parcial, temporários ou que trabalhem no domicílio. A Recomendação propõe que, com base em estatísticas e pesquisas, os serviços de assistência à infância e de assistência à família sejam ampliados gratuitamente ou a um custo razoável. Prevê que tanto homens como mulheres são responsáveis por seus filhos e, por essa razão, ambos devem ter direito a uma licença parental em um período posterior à licença-maternidade. Estabelece também que homens e mulheres deveriam ter direito a obter uma licença para se ausentar do trabalho em caso de enfermidade de seu filho ou filha ou de outro membro da sua família. (NOTAS DA OIT – Trabalho e família n. 01 – Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques.)”

18.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...], por maioria de votos, em julgar procedente o pedido, com o reconhecimento da existência de omissão inconstitucional na regulamentação da licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF/1988, com fixação do prazo de dezoito meses para o Congresso Nacional legislar a respeito da matéria, e entender, ao final, que, não sobrevivendo a lei regulamentadora no prazo acima estabelecido, caberá a este Tribunal fixar o período da licença-paternidade, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que votou pela improcedência do pedido em assentada anterior àquela em que houve pedido de destaque. [...]”

19. RE nº 635.659: descriminalização da aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de maconha para consumo pessoal

19.1 Identificação do caso:

RE nº 635.659

Recorrente: Francisco Benedito de Souza

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 26.06.2024

19.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) em que se discute se a posse de pequenas quantidades de maconha para uso pessoal deve ser considerada crime. No caso, o recorrente foi condenado à pena de prestação de 2 meses de serviços à comunidade por portar 3 g de maconha para consumo próprio. O recorrente sustenta que: i) a criminalização do consumo pessoal de drogas viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/1988); e ii) o porte de drogas para uso pessoal não afronta a saúde pública, mas tão somente a saúde pessoal do usuário, e é mero exercício legítimo da autonomia privada. O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, descriminalizar o porte de maconha para consumo pessoal e declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 apenas em relação à *cannabis sativa*. O Tribunal estabeleceu um limite objetivo de 40 g ou até 6 plantas fêmeas para diferenciar usuários de traficantes, até que o Congresso Nacional regule a matéria.

19.3 Ementa

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de *cannabis sativa* para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes.

1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (‘Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo’).

2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão.

3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação

das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública.

4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador.

6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei ('consumo pessoal' e 'pequena quantidade') recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários.

7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006.

8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fê-

meas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006.

[...]

10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei.

11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.”

19.4 Tese

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem

prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”

19.5 Fundamentação

Dever de cuidado do Estado quanto a usuários e dependentes de drogas

Descriminalização da aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de maconha para consumo pessoal

Dever estatal de cuidado, enfrentamento às drogas e saúde pública

Dever de cuidado do Estado quanto a usuários e dependentes de drogas

“O que se pretende é apenas humanizar o tratamento dispensado pelo Estado aos usuários e dependentes, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública. Assim como fez Portugal – um exemplo de sucesso no combate ao consumo de drogas – é necessário conjugar a aplicação de sanções administrativas com o acolhimento do dependente. O Estado deve oferecer-lhe atenção especializada e trabalhar para sua reintegração social, e não afastar o usuário da convivência com seus familiares ou, pior, estigmatizá-lo a partir de rotulagem criminal.

O julgamento expõe a exata dimensão do problema e oferece uma oportunidade de diálogo entre os Poderes. É necessário conjugar esforços para construir solução multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (i) prevenção ao uso de drogas; (ii) atenção ao usuário dependente, instigando autocuidado e reflexão quanto aos danos causados pelo consumo; e (iii) repressão do tráfico de entorpecentes, focado no combate de facções. Insistir nos mecanismos atuais, por moralismo ou preconceito, é a crônica de um desastre anunciado.”

“Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário (autolesão), sem repercussões concretas sobre a sociedade como um todo. A experiência da Corte nos confronta com diversos exemplos de excesso estatal, pois não são raros os casos de pessoas condenadas criminalmente pela posse, para uso próprio, de pequenas quantidades de droga. Há fundadas dúvidas se essa é uma solução constitucionalmente adequada para a situação dos dependentes de drogas, que são rotulados como criminosos e, por consequência, afastados das políticas de prevenção ao uso indevido, atenção à saúde e de reinserção social – pilares estruturantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Título II da Lei 11.343/06).

Tenho para mim que é preciso deixar de insistir na abordagem puramente repressiva do tema e demonstrar um mínimo de empatia com um contingente populacional que demanda atenção especializada, engajando os usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado que lhes possibilite, fundamentalmente, compreender os graves danos causados pelo uso abusivo de substâncias entorpecentes. Simultaneamente, também é necessário focar na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão focados em crianças e adolescentes, tornando-os menos suscetíveis ao consumo de drogas.”

Dever estatal de cuidado, enfrentamento às drogas e saúde pública

“A despeito dos preconceitos que orbitam o tema, é certo que o propósito central de qualquer política moderna de enfrentamento às drogas deve ser a mitigação das consequências negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática os especialistas atribuem a denominação de política de redução de danos e de prevenção de riscos.

Nesse sentido, subjacente ao controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, defendi o deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, conjugando-se processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não a legalização pura e simples de determinadas drogas, como ocorreu em alguns estados americanos.

As razões que me conduziram a essa conclusão decorrem da constatação de que a natureza penal das sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/06 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.”

19.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “Não obstante a subsistência, na maioria dos ordenamentos jurídicos, de disposições reproduzidas a partir das normas repressivas das convenções internacionais sobre o tema, é interessante observar uma crescente adoção, por diversos países, de alternativas à criminalização.

Em 2009, na *Comission on Narcotic Drugs*, foi elaborado o Plano de Ação da ONU até 2019, que prevê, entre outras diretrizes, o desenvolvimento de estratégias de descriminalização do uso de acordo com práticas e experiências de cada país. Trata-se, portanto, de momento propício ao debate da matéria sob a perspectiva constitucional, viabilizando, em certa medida, novas abordagens sobre o tema.

Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda,

Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.”

“Em outros países, a descriminalização decorreu por força de decisão judicial de suas Cortes Constitucionais. Em 1994, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a criminalização do consumo de entorpecentes. Na Argentina, a Corte Constitucional reconheceu, em 2009, a incompatibilidade da norma penal com a garantia da intimidade prevista na Constituição, além da ineficácia da política de criminalização.

Além disso, em muitos países, inclusive naqueles em que a posse para uso pessoal ainda é definida com crime, a distinção entre tráfico e uso é feita por critérios objetivos, geralmente com base no peso e na natureza da droga apreendida. Definem-se, para cada tipo de droga, limites máximos de peso, abaixo dos quais se presume que a droga se destina a uso pessoal.”

“Levando esses fatores em consideração, tenho que a avaliação da qualidade da prisão em flagrante pelo tráfico de drogas e da necessidade de sua conversão em prisão preventiva deve ser objeto de especial análise pelo Poder Judiciário. A apresentação do preso ao juiz, em curto prazo, para que o magistrado possa avaliar as condições em que foi realizada a prisão e se é de fato imprescindível a sua conversão em prisão preventiva é providência imprescindível. Trata-se de medida já incorporada ao direito interno, prevista no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, mas que ainda encontra alguma resistência em sua aplicação, por razões atinentes, sobretudo, a dificuldades operacionais.”

Voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “O regime aplicável ao usuário de drogas no Brasil³⁵, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, está inserido no

³⁵ A Lei 11.343/2006 estabelece, para seus fins, que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, Parágrafo único).

contexto da política internacional proibicionista, atualmente organizada pelas Nações Unidas, e fortemente influenciada pelos esforços empreendidos pelos Estados Unidos na chamada ‘Guerra às Drogas’. A estratégia global, resumida pelo *slogan* ‘Um mundo livre de drogas’³⁶, tem sido historicamente a de repressão e eliminação tanto da cadeia de produção, distribuição e fornecimento, quanto do consumo de substâncias ilícitas.”

“Para solucionar os problemas causados pelo consumo ilícito de drogas, o modelo instituído pelas Convenções da ONU impõe aos Estados-Membros duas diretrizes básicas. A primeira, que se encontra no centro das preocupações, é o forte controle e combate de toda a cadeia de suprimento das drogas, desde a produção até o tráfico ilícito.

A segunda é a da proibição do uso de drogas pelos nacionais. Em relação à segunda diretriz, que se relaciona diretamente ao objeto deste processo, tais convenções buscam restringir o acesso a substâncias psicoativas consideradas danosas à saúde e determinam a punição, em algum grau, da posse não autorizada dessas substâncias. [...]”

“Veja-se, assim, que as convenções internacionais sobre drogas obrigam os Estados-Membros a considerar a posse de entorpecentes como delituosa, mas (i) ressalvam expressamente as limitações constitucionais, e (ii) contemplam a possibilidade de aplicação de medidas de tratamento, educação, reabilitação e reintegração social como uma alternativa à condenação ou à punição³⁷.

³⁶ Cf. Assembleia Geral da ONU, de 1998, Nova York.

³⁷ Inclusive, segundo o relatório do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (2015), “*Alternatives to punishment for drug-using offenders*”, as medidas alternativas têm recebido maior atenção nos últimos 20 anos, na medida em que as evidências apontam maior efetividade na abordagem da questão do usuário sob a perspectiva da saúde, afastando-o do estigma do desviante (EMCDDA Papers, Publication Office of the European Union, Luxembourg).

Em verdade, esta política vigente no plano internacional foi significativamente influenciada pela atuação dos Estados Unidos. Em primeiro lugar, a vertente proibicionista refletida nas Convenções da ONU é, em grande medida, resultado da internacionalização dos padrões utilizados domesticamente naquele país. Mesmo antes da realização da Conferência de Xangai, os EUA já adotavam uma política interna repressiva em relação às drogas. Em 1909, o Congresso norte-americano editou o *Opium Exclusion Act*, que vedou a importação de ópio para fumo. Esta foi a primeira lei nacional de proibição de drogas. Anos depois, em 1914, o Congresso aprovou o *Harrison Narcotics Tax Act*, uma legislação mais gravosa, que regulava e taxava a produção, importação e distribuição de ópio, morfina e cocaína e proibia todo uso não medicinal dessas substâncias. Nas décadas que se seguiram, os Estados Unidos continuaram a editar extensa legislação recrudescente a punição de infrações relacionadas às drogas.

A falta de eficácia dessas normas e a explosão do consumo de drogas nas décadas de 60 e 70, ligada ao movimento de contracultura, levaram o então Presidente Richard Nixon a eleger, em 1971, o tráfico e o consumo de substâncias ilícitas como o inimigo público nº 1 do país e a declarar ‘guerra às drogas’. Essa política se refletiu diretamente no plano internacional, já que os Estados Unidos fizeram forte lobby para a realização de nova conferência da ONU sobre o tema, que veio a ocorrer em 1972. Nessa ocasião, aprovou-se a adoção de Protocolo que emendou a Convenção Única sobre Entorpecentes, tornando a política de repressão às drogas ainda mais proibitiva, sobretudo em relação ao usuário.”

“Apesar de todos os esforços empreendidos, a constatação mais óbvia é a de que a ‘guerra às drogas’, liderada pelos Estados Unidos, fracassou. Transcorridos mais de 50 anos da celebração da Convenção Única sobre Entorpecentes, é evidente que um mundo livre do consumo abusivo de drogas é uma realidade distante, senão inatingível. A criminalização do consumo e a repressão à cadeia produtiva não lograram reduzir o uso de drogas. Pelo contrário, durante todo o tempo, a

demanda por narcóticos permaneceu relativamente estável³⁸. Pequenos êxitos na eliminação de uma fonte de produção e na redução do consumo de uma dada substância foram sempre compensados pela migração da produção para outras áreas e pelo aumento do consumo de outras substâncias.

Tal fracasso é hoje reconhecido por diversos organismos e entidades internacionais. Relatórios emitidos pela Comissão HIV e Direito, pela Organização dos Estados Americanos – OEA e pela Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, apenas para citar alguns, afirmam a necessidade de mudanças no enfrentamento do problema, com foco em políticas de saúde dos consumidores e na repressão dos verdadeiros responsáveis pela traficância, e não nos usuários, mulas e pequenos traficantes³⁹. Também a Comissão Global de Políticas sobre Drogas, formada por líderes mundiais e reconhecidos intelectuais, reconhece a falência da estratégia de repressão que vem sendo adotada e a necessidade de uma revisão completa das leis e políticas nos planos nacional e mundial⁴⁰. Até mesmo o Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (*UN Office on Drugs and Crime* – UNODC), Antonio Maria Costa, admitiu, em 2008, em paper informal com o balanço da última década de combate às

³⁸ UNODC, Relatório Mundial Sobre Drogas 2006 (Vienna: United Nations, 2006); UNODC, Relatório Mundial Sobre Drogas 2014 (Vienna: United Nations, 2014). Cerca de 5% da população mundial adulta são consideradas consumidores de tais substâncias, sendo que menos de 1% desse contingente se refere a pessoas com uso problemático e dependência química.

³⁹ Comissão Global sobre o HIV e Direito, Risco, Direitos e Saúde. Disponível em: <https://hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf>; Organização dos Estados Americanos. El Problema de Las Drogas em Las Américas, 2013. Disponível em: http://www.pnsd.msssi.gob.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf; Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental. Não Simplesmente em Trânsito: As drogas, o Estado e a sociedade na África Ocidental. Disponível em: < <http://www.wacommissionondrugs.org/report/> >.

⁴⁰ V. Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, Relatório Guerra às Drogas, de junho de 2011. Apenas para citar alguns, os membros da Comissão Global de Política sobre Drogas, Kofi Annan, ex-Secretário-Geral das Nações Unidas, Jorge Sampaio, ex-Presidente de Portugal, Mario Vargas Llosa, Peru, César Gaviria, ex-Presidente da Colômbia, Ernesto Zedillo, ex-Presidente do México, Paul Volcker, ex-Presidente do Banco Central dos Estados Unidos, Ruth Dreifuss, ex-Ministra dos Assuntos Sociais e ex-Presidente da Suíça, George Shultz, ex-Secretário de Estado dos EUA, Fernando Henrique Cardoso, ex-Presidente do Brasil. Fora desta Comissão, também merecem referência na oposição à atual política de drogas, o ex-Presidente americano Bill Clinton, Luiz Eduardo Soares, ex-Secretário de Segurança Pública no Rio de Janeiro e ex-Secretário Nacional de Segurança Pública, Pedro Vieira Abramovay, ex-Secretário Nacional de Justiça, José Mariano Beltrame, ex-Secretário de Segurança do Rio de Janeiro.

drogas, que o sistema de controle atualmente vigente teria falhado, sendo o responsável por consequências adversas inesperadas⁴¹.”

“Em alguns países, o Poder Judiciário, e não o Legislativo, foi o responsável pela descriminalização do consumo de substâncias entorpecentes. Na Argentina, a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal foi realizada por decisão de sua corte constitucional em 2009⁴². No caso concreto, 5 corréus haviam sido condenados por portar, cada um, em torno de três cigarros de maconha (com doses entre 0,283 e 5 gramas). Ao analisar a hipótese, o Tribunal Constitucional Argentino decidiu que o tipo penal de posse de droga para consumo próprio é inconstitucional, por violação ao artigo 19 da Constituição argentina⁴³, que protege o direito à vida privada. No caso, a Corte afirmou que o direito à privacidade consiste em limite ao poder punitivo do Estado e considerou o fracasso do efeito dissuasivo da norma incriminadora para fins do enfrentamento do consumo de drogas na sociedade.”

“Sem prejuízo disso, não há qualquer óbice à análise da presente controvérsia por este Supremo Tribunal Federal. De um lado, os parâmetros internacionais atualmente vigentes não proscrevem a descriminalização do consumo de drogas. Portanto, eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não representaria afronta ao sistema convencional da ONU. A descriminalização da posse para consumo pessoal não equivale à legalização do uso, nem à descriminalização do tráfico, que continuaria proibido nos termos das demais disposições da Lei nº 11.343/2006. De outro, os tratados e convenções internacionais

⁴¹ Adriano Costa, ‘Making drug control fit for purpose’: Building on the UNGASS decade’, 2008.

⁴² Argentina, Tribunal Constitucional Argentino. Recurso de Hecho A. 891.XLIV n 9080, j. em 25.08.2009. Este último pronunciamento da Corte representa o restabelecimento da jurisprudência firmada em 1986 no designado caso *Bazterrica*. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade da antiga lei de tóxicos argentina.

⁴³ Veja-se a redação do dispositivo constitucional: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

sobre drogas de que o Brasil é signatário ostentam hierarquia supralegal, e, logo, infraconstitucional, de modo que a Constituição assume uma posição de primazia. Não se discute, portanto, a restrição do alcance e do conteúdo das obrigações internacionais assumidas pelo país, mas apenas a validade de dispositivos da Lei de Drogas, à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição.”

“Para solucionar os problemas causados pelo consumo ilícito de drogas, o modelo instituído pelas Convenções da ONU impõe aos Estados-Membros duas diretrizes básicas. A primeira, que se encontra no centro das preocupações, é o forte controle e combate de toda a cadeia de suprimento das drogas, desde a produção até o tráfico ilícito. A segunda é a da proibição do uso de drogas pelos nacionais. Em relação à segunda diretriz, que se relaciona diretamente ao objeto deste processo, tais convenções buscam restringir o acesso a substâncias psicoativas consideradas danosas à saúde e determinam a punição, em algum grau, da posse não autorizada dessas substâncias. Confira-se, nesse sentido, o artigo 36 da Convenção Única sobre Entorpecentes (cf. emendada em 1972):

‘1. a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, a fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção, ou quaisquer outros atos, em sua opinião contrários a mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam puníveis de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras penas de privação de liberdade. b) Não obstante o que estabelece a alínea precedente, quando tais delitos houverem sido cometidos, as Partes poderão, com uma alternativa à condenação ou punição ou como um acréscimo à condenação ou punição, determinar que os infratores sejam submetidos a medidas de tratamento, de educação, e acompanhamento

médico posterior ao tratamento, de reabilitação e de reintegração social em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 38⁴⁴.’

Veja-se, assim, que as convenções internacionais sobre drogas obrigam os Estados-Membros a considerar a posse de entorpecentes como delituosa, mas (i) ressalvam expressamente as limitações constitucionais, e (ii) contemplam a possibilidade de aplicação de medidas de tratamento, educação, reabilitação e reintegração social como uma alternativa à condenação ou à punição⁴⁵.”

Voto do Ministro André Mendonça: “45. A menção feita à Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, reiterada pela Primeira Turma desta Corte no julgamento do RE nº 430.105/RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), precedente já citado neste julgamento, não é sem razão. O artigo 3 dessa Convenção, ao tratar dos delitos e sanções, dispõe:

‘ARTIGO 3

Delitos e Sanções

(...)

2 – Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

⁴⁴ Argentina, Tribunal Constitucional Argentino. Recurso de Hecho A. 891.XLIV n 9080, j. em 25.08.2009. Este último pronunciamento da Corte representa o restabelecimento da jurisprudência firmada em 1986 no designado caso *Bazterrica*. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade da antiga lei de tóxicos argentina.

⁴⁵ Inclusive, segundo o relatório do European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2015), “Alternatives to punishment for drug-using offenders”, as medidas alternativas têm recebido maior atenção nos últimos 20 anos, na medida em que as evidências apontam maior efetividade na abordagem da questão do usuário sob a perspectiva da saúde, afastando-o do estigma do desviante (EMCDDA Papers, Publication Office of the European Union, Luxembourg).

(...)

4 – (...)

c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinquente.

(...)

6 – As Partes se esforçarão para assegurar que qualquer poder legal discricionário, com base em seu direito interno, no que se refere ao julgamento de pessoas pelos delitos mencionados neste Artigo, seja exercido para dotar de eficiência máxima as medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos.’

(Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991).”

“[...] a própria Corte Constitucional alemã deixou ao talante do magistrado e do Ministério Público a possibilidade de se arquivarem processos relacionados ao consumo próprio. Esse é o sistema que vige no Brasil. Respeita-se a opção do legislador pela criminalização, porém, não se pune ou se reputa insignificante a conduta, o que está em linha com a despenalização da conduta, tal qual constante da Lei de Drogas no Brasil.”

Voto do Ministro Nunes Marques: “As convenções antidrogas da Organização das Nações Unidas (ONU) – a Convenção Única de Narcóticos, de 1961, a Convenção de Drogas Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Illegal de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 – guiam as políticas antidrogas à

força das convenções internacionais, e, em alguma medida, subordinam as políticas nacionais referentes às drogas. Todas elas se revestem de inequívoca força e autoridade, uma vez que foram ratificadas por 160 nações. Os acordos impõem limites sociais, culturais e mesmo morais ao comércio e consumo das substâncias psicoativas, definindo as linhas que distinguem o que é lícito e ilícito.”

Voto do Ministro Dias Toffoli: “O controle internacional começou com a Convenção de Haia de 1912, sobre o comércio do ópio, a qual culminou em três tratados principais da ONU: a Convenção sobre Narcóticos, de 1961, emendada pelo Protocolo de 1972; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.”

“Segundo Luiz Guilherme Mendes de Paiva, ex-secretário nacional de política sobre drogas do Ministério da Justiça, muitos estudiosos argumentam que as políticas de drogas com viés punitivo, que se intensificaram na década de setenta do século passado, são menos influenciadas pelas Convenções da ONU e mais pelas pressões bilaterais e pela influência dos Estados Unidos sobre órgãos internacionais e o Secretariado da ONU.

Mendes de Paiva acrescenta que isso explica, por exemplo, por que a maioria dos países estabeleceu ou ainda estabelece penas criminais para o porte de drogas para o consumo pessoal, apesar de nenhuma convenção internacional conter qualquer previsão, comando ou orientação neste sentido de que o usuário tem de ser criminalizado.

Pois bem. Cito a Convenção da ONU de 88. Faço aqui destaques. Vou indo adiante, Senhor Presidente, e passo já a outro item de meu voto: a diferenciação entre usuários e traficantes. Não há dúvida de que é necessário um critério mais objetivo, porque esse longo período de quase 20 anos de vigência da lei — desde 2006 até 2024 (em 9 anos dos quais este processo está tramitando aqui na Corte) — evidencia que a lei não foi suficiente, por si só, para estabelecer aquilo que ela objetivava fazer, o fim que ela procurou, que era descriminalizar o usuário.”

19.7 Dispositivo da decisão

“[...] por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; e ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux. Não votou, no mérito, o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já havia proferido voto em assentada anterior. [...]”

20. RE nº 979.742: direito à liberdade religiosa e o dever de garantia de tratamento médico alternativo

20.1 Identificação do caso

RE nº 979.742

Requerente: União

Requerido: Município de Manaus e Heli de Paula Souza

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso

Julgamento: 25.09.2024

20.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) contra decisão que determinou ao Estado a obrigação de custear tratamento médico alternativo para paciente que recusava receber transfusão de sangue por motivos de convicção religiosa. O paciente, residente em Manaus, solicitou a realização de cirurgia ortopédica em hospital credenciado pelo SUS em São Paulo, onde o procedimento poderia ser feito sem a transfusão de sangue. Discute-se se o direito à liberdade religiosa justifica o custeio, pelo poder público, de tratamento médico alternativo compatível com as convicções religiosas do paciente, incluindo despesas de locomoção, quando o tratamento não estiver disponível na rede pública de saúde do seu domicílio. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso da União e fixou tese determinando que as pessoas que professam a religião Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, têm o direito de recusar transfusão de sangue e de receber tratamento médicos alternativos disponíveis no Sistema Único de Saúde, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade de religião.

20.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TRATAMENTO ALTERNATIVO À TRANSFUSÃO DE SANGUE PARA TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DESPROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. O recurso. Recurso extraordinário contra decisão que determinou ao poder público o custeio de cirurgia fora do domicílio para paciente Testemunha de Jeová, em hospital credenciado pelo Sistema Único de Saúde – SUS que realiza o procedimento necessário sem transfusão de sangue.

2. Fato relevante. O paciente recusou, por convicção religiosa, a realização de cirurgia no seu município pela perspectiva de, em caso de necessidade, ter de se submeter a transfusão de sangue. Ele era maior, capaz e não corria risco iminente de vida.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se o direito à liberdade religiosa justifica o custeio, pelo poder público, de tratamento médico alternativo compatível com as convicções religiosas do paciente, inclusive despesas de locomoção para ele e um acompanhante, quando o tratamento não estiver disponível na rede pública de seu domicílio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O direito à recusa de transfusão de sangue por convicção religiosa tem fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de religião. A dignidade humana exige o respeito à autonomia individual na tomada de decisões sobre a saúde e o corpo. Já a garantia da liberdade religiosa impõe

ao Estado a tarefa de proporcionar um ambiente institucional e jurídico adequado para que os indivíduos possam viver de acordo com os ritos, cultos e dogmas de sua fé, sem coerção ou discriminação.

5. A recusa de transfusão de sangue somente pode ser manifestada em relação ao próprio interessado, sem estender-se a terceiros, inclusive e notadamente filhos menores. Porém, havendo tratamento alternativo eficaz, conforme avaliação médica, os pais poderão optar por ele.

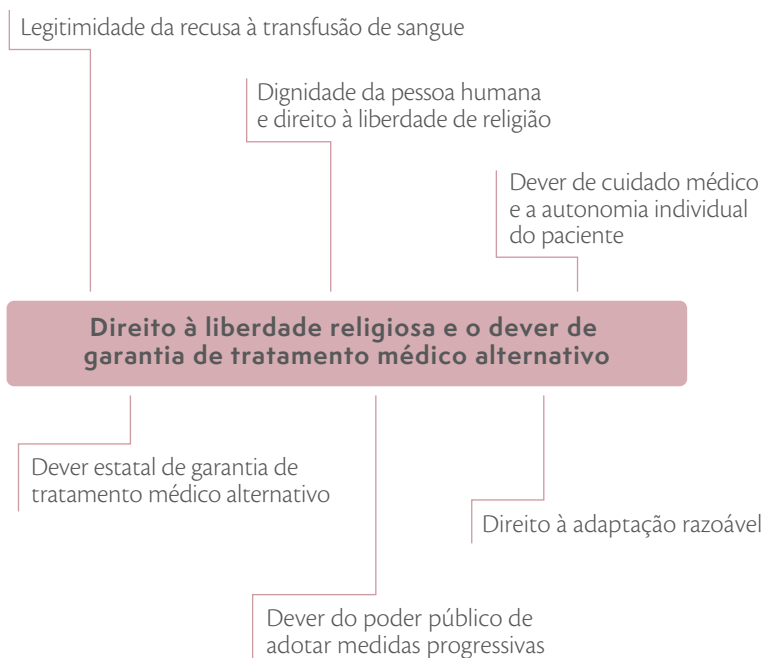
6. A Organização Mundial da Saúde – OMS recomenda a adoção dos procedimentos alternativos à transfusão de sangue. Em atenção a essa diretriz, outros recursos terapêuticos já são oferecidos pelo SUS. Apesar disso, ainda não estão disponíveis de forma ampla em todo o território nacional. Nesse contexto, o poder público deve adotar medidas para, progressivamente, tornar esses procedimentos disponíveis e capilarizados no país, de forma compatível com os princípios do acesso universal e igualitário às ações e serviços do SUS.

7. Em uma acomodação razoável entre os direitos à liberdade religiosa e à saúde, pacientes Testemunhas de Jeová fazem jus aos tratamentos alternativos já disponíveis no SUS, ainda quando não disponíveis em seu domicílio. Na hipótese em que os métodos de tratamento no local de residência não forem adequados, será cabível o tratamento fora do domicílio, conforme as normativas do Ministério da Saúde. [...]”

20.4 Tese

“1. Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, têm o direito de recusar procedimento médico que envolva transfusão de sangue, com base na autonomia individual e na liberdade religiosa. 2. Como consequência, em respeito ao direito à vida e à saúde, fazem jus aos procedimentos alternativos disponíveis no Sistema Único de Saúde – SUS, podendo, se necessário, recorrer a tratamento fora de seu domicílio.”

20.5 Fundamentação



Legitimidade da recusa à transfusão de sangue

“[...] a manifestação da vontade pela recusa da transfusão tem que preencher requisitos estritos de aferição. Em primeiro lugar, da sua validade. Ou seja, tem que ser esta vontade proferida por um paciente maior, capaz e em condições de discernimento. Esse é o primeiro ponto que considero importante.

Em segundo lugar, essa manifestação tem que ser livre, dada de forma voluntária e autônoma, sem nenhum tipo de pressão, sem nenhum tipo de coação.

Em terceiro lugar, é preciso que essa manifestação seja inequívoca, ou seja, realizada de forma expressa, prévia ao ato médico e atual, podendo inclusive ser revogada a qualquer tempo.

Por fim, tem que ser uma manifestação de vontade esclarecida, vale dizer, precedida de informação médica completa e compreensível sobre diagnóstico, tratamento, riscos, benefícios e alternativas.”

Dignidade da pessoa humana e direito à liberdade de religião

“A legitimidade dessa recusa se baseia na dignidade da pessoa humana e no exercício do direito à liberdade de religião. A dignidade da pessoa humana, como fundamento dos direitos fundamentais, tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação e sua liberdade de realizar escolhas existenciais (entre as quais se inclui a liberdade religiosa), assumindo responsabilidade por elas.”⁴⁶”

“A crença religiosa constitui uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. Mais do que garantir o direito de aderir (ou não) a uma crença, a liberdade de religião assegura às pessoas o direito de viver de acordo com a sua crença, por meio de seus ritos, regras, dogmas e cultos, sem qualquer discriminação. Caso fosse impedida a condução da vida em conformidade com a escolha religiosa, a liberdade religiosa seria uma liberdade vazia, desprovida de conteúdo significativo para o seu titular. Logo, a liberdade religiosa engloba tanto o direito de escolher no que acreditar quanto o direito de viver de acordo com o que se acredita.”

⁴⁶ Luís Roberto Barroso. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, nº 50, out./dez. 2013.

Dever de cuidado médico e a autonomia individual do paciente

“Especificamente no campo da medicina, a autonomia individual refletiu-se em importante mudança de paradigma, na qual o paternalismo médico deu lugar à autonomia do paciente. O paciente passou a ser tratado como sujeito de direitos fundamentais, a quem cabe anuir ou não com a realização de qualquer exame ou tratamento, desde que a escolha seja manifestada validamente. A autonomia pressupõe, é claro, um consentimento livre, voluntário e esclarecido.”

“Para tanto, conforme discutido no RE 1.212.272-RG (Tema 1.069), a manifestação de vontade deve cumprir alguns requisitos ligados ao sujeito do consentimento, à liberdade de escolha e à decisão informada⁴⁷. A recusa deve ser⁴⁸: (i) válida: proferida pelo próprio paciente maior, capaz e em condições adequadas de discernimento; (ii) livre: dada de forma voluntária e autônoma, sem qualquer tipo de coação, pressão ou incentivo; (iii) inequívoca: realizada de forma expressa, prévia ao ato médico e atual, podendo ser revogada a qualquer tempo; e (iv) esclarecida: precedida de informação médica completa e compreensível sobre o diagnóstico, tratamento, riscos, benefícios e alternativas. Frise-se que a recusa de transfusão de sangue somente pode ser manifestada em relação ao próprio interessado, sem estender-se a terceiros, inclusive e notadamente filhos menores. Porém, havendo tratamento alternativo eficaz, conforme avaliação médica, os pais poderão optar por ele.

Cumpridas essas condições, não é permitido ao Estado nem ao médico obrigar o paciente a se submeter a tratamento ou procedimento de saúde contrário às suas crenças.”

⁴⁷ Luís Roberto Barroso. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 11, n. 42, p. 49- 92, abr.-jun, 2010.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. Bolívia, Sentença de 30 de novembro de 2016 (Exceções preliminares, mérito, reparação e custas). § 165-196.

Dever estatal de garantia de tratamento médico alternativo

“Nesse ponto, convém destacar que a dignidade como autonomia exige não só o reconhecimento da capacidade de autodeterminação, mas também demanda a garantia das condições para o exercício da autodeterminação. Não basta conceder escolhas livres; é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica⁴⁹.

De igual modo, a liberdade religiosa não se manifesta apenas como um direito negativo, que impõe ao Estado que se abstenha de proibir ou dificultar seu exercício. Há uma dimensão positiva, ligada à laicidade estatal, que impõe ao poder público a tarefa de atuar para assegurar a todos os cidadãos o direito de aderir (ou não) a uma crença e professá-la, individual ou coletivamente. Nesse sentido, é dever do Estado proporcionar um ambiente institucional, social e jurídico adequado para a garantia da plena liberdade de consciência e crença, de modo que as pessoas possam viver de acordo com os ritos, cultos, regras e dogmas de sua fé, sem coerção ou discriminação.

Como resultado, além de reconhecer a existência do direito de Testemunhas de Jeová se recusarem a receber transfusão de sangue, cabe também ao Estado disponibilizar tratamentos alternativos que sejam compatíveis com suas convicções religiosas, desde que isso não imponha um ônus desproporcional ao poder público. Extraí-se, nessa situação, um direito à acomodação razoável.”

Direito à adaptação razoável

“A dignidade humana e o princípio da igualdade impõem ao Estado a promoção de adaptação razoável sempre que medidas gerais produzirem impacto desproporcional sobre determinados grupos em virtude

⁴⁹ Luís Roberto Barroso. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 11, n. 42, p. 49- 92, abr.-jun, 2010.

de características comuns aos seus membros (e.g., deficiência, gênero, idade, raça, cultura, religião). Em situações como essa, cabe ao poder público adotar medidas de acomodação em políticas públicas, regras ou práticas para mitigar o impacto desproporcional por ela gerado no momento da sua aplicação. Trata-se de dever previsto na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência⁵⁰, que foi ratificada pelo Brasil e internalizada com *status* constitucional, na forma do art. 5º, § 3º, da Carta de 1988.

Apesar de previsto especificamente em favor de pessoas com deficiência, o direito à adaptação razoável se estende a outros grupos vulneráveis, inclusive por motivo de religião. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já aplicou esse entendimento em diversos casos relacionados à liberdade religiosa. Esta Corte já permitiu a realização de etapa de concurso público em horário diverso daquele determinado pela comissão organizadora⁵¹ e declarou a possibilidade de uso de hábito religioso na foto de documentos oficiais⁵².

Dever do poder público de adotar medidas progressivas

“Nesse contexto, entendo que é dever do poder público adotar medidas para, progressivamente, tornar esses recursos terapêuticos disponíveis e capilarizados no país, de forma compatível com os princípios do acesso universal e igualitário às ações e serviços do SUS.

No entanto, como a universalização e a capilarização não ocorrerão da noite para o dia, é preciso reconhecer em favor das Testemunhas de Jeová a possibilidade de se valerem, desde já, dos tratamentos alternativos

⁵⁰ Art. 2º (...) “Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (...).

⁵¹ RE 611.874, rel. Min. Dias Toffoli, red. p/o acórdão o Min. Edson Fachin, j. em 26.11.2020.

⁵² RE 859.376, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 17.04.2024, Tema 953.

à transfusão de sangue incorporados ao SUS, podendo, se necessário, recorrer ao tratamento fora do seu domicílio. Inclusive, existe um programa no âmbito do SUS, o ‘Tratamento Fora de Domicílio’, que permite a oferta de tratamento médico quando esgotados os métodos disponíveis no município, inclusive com o custeio das despesas de deslocamento.⁵³”

20.6 Diálogo entre o STF, o SIDH, outros Sistemas Internacionais e o Direito Comparado

Voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso: “Eu continuo ainda no meu voto para concluir, portanto, que, sendo a declaração válida, existe esse direito, que inclusive consta de documentos internacionais, como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, de 2005, segundo a qual qualquer intervenção médica deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo, que pode revogá-lo a qualquer tempo. [...]”

“E mais do que isso, e aqui já caminhando para o fim, um ponto que considero muito importante é que, nesse tema da transfusão de sangue, a própria Organização Mundial da Saúde recomenda a adoção de tratamentos alternativos à transfusão de sangue, procedimento no qual se vislumbra um conjunto de circunstâncias negativas que levam a OMS a essa posição e à aprovação de um protocolo multidisciplinar chamado *Patient Blood Management*, do qual o Brasil participa, e por isso mesmo o SUS vem implementando progressivamente, mas ainda não o suficiente, esses procedimentos alternativos.”

“Por fim, além dessa questão da adaptação razoável, há jurisprudência de cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, em diversos precedentes, a partir de 2010, outro em 2013, um de 2022 e um agora de 2024, no caso Pindo

⁵³ Portaria nº 55/1999 da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde e arts. 135-147 da Portaria de Consolidação nº 1/2022 da Secretaria de Atenção Especializada à Saúde.

Mulla versus Espanha, concluiu pela legitimidade da adoção desses procedimentos e o direito de obtê-lo. Há precedentes quanto às testemunhas de Jeová na Itália, nos Estados Unidos, no Canadá; e na Colômbia, recentemente, houve um julgamento de caso rigorosamente idêntico a esse que nós estamos debatendo aqui.”

“Esse direito à autodeterminação informada encontra respaldo na Convenção de Oviedo⁵⁴ do Conselho da Europa, de 1997, segundo a qual qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser realizada após informação adequada e consentimento do paciente, que pode revogá-lo a qualquer tempo⁵⁵. Do mesmo modo, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005, prevê que qualquer intervenção médica deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido, revogável a qualquer tempo⁵⁶.”

“Inclusive, a Organização Mundial da Saúde – OMS recomenda a adoção dos tratamentos alternativos à transfusão de sangue. Há décadas, a OMS alerta para os riscos associados à transfusão de sangue, destacando seus efeitos adversos à saúde, como o aumento da morbidade, mortalidade e tempo de internação hospitalar, além dos elevados custos para os sistemas de saúde devido às despesas com coleta, armazenamento e distribuição de sangue. Em 2021, a OMS publicou uma diretriz intitulada ‘A necessidade urgente de implementar o gerenciamento de sangue do paciente’, que convoca os países de todo o mundo a adotarem a técnica como um padrão de cuidados⁵⁷.

⁵⁴ A Convenção de Oviedo também é chamada de Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.

⁵⁵ Art. 5º. Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

⁵⁶ Art. 6º, a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito. (...)

⁵⁷ World Health Organization, *The urgent need to implement patient blood management: Policy brief*. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/346655/9789240035744-eng.pdf?>. Acesso em 02.09.2024.

Em atenção a essa diretriz, desde 2010, o Brasil se comprometeu a implementar o gerenciamento de sangue do paciente (*Patient Blood Management* – PBM)⁵⁸

“A título ilustrativo, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) possui uma série de precedentes no sentido de que a possibilidade de recusa a procedimento médico é decorrência do princípio da dignidade humana e da evolução do biodireito, que asseguram a autonomia do paciente e o consentimento informado. Em 2010, no *Caso Testemunhas de Jeová de Moscou e outros*, responsabilizou a Rússia pela instauração de uma investigação criminal por incitação ao suicídio após o falecimento de uma Testemunha de Jeová que se recusou a receber transfusão de sangue⁵⁹. O Tribunal entendeu que todo adulto tem direito de decidir se deseja ou não se submeter a um tratamento médico, ainda que a decisão acarrete risco à sua vida. Em 2013, no *Caso Avilkina e outros*, a Rússia foi mais uma vez responsabilizada pelo fato de um hospital estadual ter divulgado ao Ministério Público os documentos médicos de pacientes Testemunhas de Jeová que se recusaram a receber transfusões de sangue⁶⁰. Em junho de 2022, no *Caso Taganrog LRO e outros*, o Tribunal condenou a Rússia pelo fechamento de uma organização de Testemunhas de Jeová que, supostamente, havia dado causa à morte de uma fiel que se recusara a receber sangue⁶¹.

Ainda mais recentemente, em 17 de setembro de 2024 [anteontem], a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Pindo Mulla v. Espanha*, concluiu pela violação em caso de administração de transfusões sanguíneas a uma mulher Testemunha de Jeová durante uma cirurgia de emergência, apesar de sua expressa recusa ao tratamento,

⁵⁸ Sixty-third World Health Assembly (WHA63.12), *Availability, safety and quality of blood products*, 21 May 2010.

⁵⁹ European Court of Human Rights, *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, Application n° 302/02, j. em 10.06.2010, §§ 135-142.

⁶⁰ European Court of Human Rights, *Case of Avilkina and others v. Russia*, Application n° 1585/09, j. em 06.06.2013.

⁶¹ European Court of Human Rights, *Case of Taganrog LRO e outros v. Rússia*, Applications n° 32401/10 e 19 others, j. em 07.06.2022.

previamente documentada⁶². No julgamento, a CEDH reiterou que pacientes adultos com discernimento têm o direito de tomar decisões autônomas sobre tratamentos médicos. Em situações em que a vida da paciente está em risco, o Tribunal entendeu que os profissionais de saúde somente podem intervir se houver dúvidas razoáveis sobre a clareza da decisão de recusa do tratamento. No caso, porém, a Corte entendeu que houve falhas no processo decisório que levou à administração do tratamento contra a vontade da paciente, em especial pela falta de comunicação adequada ao juiz de plantão, bem como a ausência de informações completas e corretas sobre a capacidade de discernimento e as diretivas prévias da paciente, o que resultou em uma violação de seu direito à autonomia pessoal.

No Direito Comparado, há importantes decisões de Cortes Constitucionais, Supremas Cortes e outros tribunais sobre o tema, como a Itália⁶³, os Estados Unidos⁶⁴, Canadá⁶⁵ e a Colômbia.

A propósito, a Corte Constitucional da Colômbia tem firme jurisprudência quanto ao dever do Estado de oportunizar tratamentos alternativos à transfusão de sangue a Testemunhas de Jeová. No Caso T471/2005, a Corte determinou que fossem entregues medicamentos prescritos pelo médico assistente em substituição à transfusão de sangue que havia sido recusada pelo paciente. Em sentido semelhante, no caso T052/2010, a Corte colombiana determinou que a entidade promotora de saúde convocasse um Comitê Técnico-Científico para avaliar opções alternativas a transplante de medula óssea, que seria precedido da transfusão. Mais recentemente, no Caso T-083/2021, a Corte ordenou que a equipe médica fizesse todos os procedimentos necessários para preservar a vida de jovem diagnosticada com leucemia que se recusara a receber sangue.

⁶² European Court of Human Rights, Case of Pindo Mulla c. Espagne [GC] Application 15541/20, j. em 17.9.2024 [GC], disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-236082>.

⁶³ Itália, Corte de Cassação italiana Sentença no 23676/2008.

⁶⁴ EUA, *St. Mary's Hosp. v. Ramsey* (465 So.2d 666 [Fla. 4th DCA 1985]).

⁶⁵ Canadá, *A.C. v. Manitoba* (Director of Child and Family Services), 2009 SCC 30.

Nessa ocasião, a Corte reconheceu que a rejeição de um paciente a procedimento médico não implica a renúncia ao seu direito à saúde nem exonera as instituições de saúde do seu dever de prestar cuidados de saúde.

No Caso T-476/2016, a Corte colombiana se deparou com situação semelhante à deste julgamento. Um homem Testemunha de Jeová fora encaminhado para se submeter a cirurgia cardíaca em estabelecimento de saúde que adotava o protocolo mediante transfusão de sangue. Pedia, então, para fazê-la em outro estabelecimento onde pudesse realizá-la sem receber sangue. A Corte decidiu que, embora o direito à liberdade de escolha do estabelecimento de saúde seja limitado pela oferta de serviços disponíveis, a impossibilidade de determinada unidade realizar o procedimento sem transfusão de sangue justifica que paciente Testemunha de Jeová receba os cuidados médicos em qualquer outra unidade que faça o procedimento de maneira compatível com a sua crença.”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “No processo de afirmação da liberdade religiosa como direito fundamental, menciono que foi o *Bill of Rights* da Virgínia de 1776, que o elevou pela primeira vez a essa posição. Nos termos do art. 16: ‘A religião ou o culto devido ao Criador, e a forma de dele se desobrigar, podem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, de onde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado por sua consciência; e é o dever recíproco de todos os cidadãos praticar, uns com os outros, a tolerância, o amor e a caridade cristã’.

No direito internacional, no período pós-Segunda Guerra Mundial e seguindo tradição iniciada com o Tratado de Paz de Vestfália de 1648, a liberdade religiosa acabou prevista em diversos instrumentos firmados entre os países. [...]”

“Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, preceitua, em seu art. 18, que ‘toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião’, sendo que ‘este direito implica a liberdade de mudar

de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos’.

Em sentido semelhante e de forma mais ampla, rememoro o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que já explicita, inclusive, o direito de pais e tutores a que seus filhos ou pupilos recebam educação religiosa, de acordo com suas próprias convicções. [...]”

“A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981, é, por sua vez, mais sucinta, e prescreve apenas que ‘a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades’ (art. 8º).”

“O caso *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division* evidencia a compreensão de que os juízos religiosos não estão submetidos ao escrutínio judicial.”

“Com efeito, a Organização Mundial da Saúde – OMS já recomenda a utilização de mecanismos alternativos à transfusão de sangue. A medida visa a um só tempo melhorar a segurança em relação aos pacientes – não custa rememorar que a transfusão de sangue envolve riscos de contaminação por fatores diversos –, como também melhorar a segurança dos tratamentos, além de diminuir a dependência de bancos nacionais de sangue. [...]”

Voto do Ministro Cristiano Zanin: “Documentos internacionais como o Código de Nuremberg, de 1947, e a Declaração de Helsinque sobre a investigação médica, de 1964, simbolizaram a superação da bioética tradicional e o surgimento de um novo paradigma da ética médica fundado no respeito à autonomia do paciente e na exigência de obtenção do consentimento informado antes da realização

de intervenções médicas em casos de pesquisas com seres humanos. Essa nova concepção foi posteriormente ampliada para além do contexto das pesquisas com seres humanos e incorporada pela Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, em 1981, pela Convenção de Direitos Humanos sobre Biomedicina do Conselho da Europa de 1997 e pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005.”

“Nesse sentido, menciono também o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *I.V. vs. Bolívia*:

[...] um aspecto central do reconhecimento da dignidade constitui a possibilidade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias opções e convicções. Nesse marco, cumpre um papel fundamental o princípio da autonomia da pessoa, o qual veda toda atuação estatal que procure a instrumentalização do indivíduo, é dizer, que a converta em um meio para fins alheios às eleições sobre sua própria vida, seu corpo e o desenvolvimento pleno de sua personalidade, dentro dos limites que impõe a Convenção (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *I.V. vs. Bolívia*, 2016, p. 45).”

“As crianças e adolescentes são na maioria das vezes representadas pelos pais (art. 1.631 do Código Civil) ou, excepcionalmente, por um tutor (art. 1.738 do Código Civil). As decisões médicas, nesses casos, devem ser tomadas com base no critério do melhor interesse visando ao benefício direto do paciente. Nesse sentido, dispõem o art. 6º, 1, da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina e o art. 7º, b, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que, a despeito de não se aplicarem ao contexto brasileiro, servem como importante parâmetro.”

“Nesse sentido, a Suprema Corte da Itália (decisão 23676-2008) reconheceu que, em casos de incapacidade momentânea, a recusa prévia ao tratamento médico deve prevalecer em dois casos: (i) se o paciente portar uma declaração expressa

e inequívoca do seu desejo de rejeitar a transfusão de sangue, mesmo quando a sua vida estiver em perigo; ou (ii) se nomear um representante que puder confirmar a sua recusa na presença de médicos. Caso contrário, prevaleceria a orientação médica do momento (*Boletim de jurisprudência estrangeira. Liberdade religiosa*. STF. 10. edição. p. 28).”

“Desde a década de 1990, diferentes países vêm disciplinando concretamente sobre a relação médico-paciente. Temos como importantes exemplos: nos Estados Unidos, a lei de autodeterminação do paciente, de 1990; na Espanha, a lei de regulamentação da autonomia do paciente, de 2002; na Argentina, a lei de direitos do paciente em sua relação com os profissionais e instituições de saúde, de 2009; e, na Alemanha, a lei dos direitos dos pacientes, de 2013.”

“Conforme já frisou o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça, os deveres do médico são limitados precisamente pelo direito à autodeterminação do paciente sobre o próprio corpo (BGHSt 11, 111 [p. 114]). Assim, as intervenções que não foram consentidas não integram o dever concreto de agir e, portanto, impossibilitam a responsabilidade do profissional da saúde por homicídio ou por lesão corporal por omissão imprópria (arts. 121 ou 129 c/c art. 13, § 2º, do Código Penal)”

“Nas sustentações orais e em documentos encaminhados ao meu gabinete, os *amici curiae* argumentam que há necessidade de o Brasil cumprir diretiva da Organização Mundial de Saúde (OMS) que sugere a adoção de protocolo de *Patient Blood Management* (PBM). A adoção do PBM, então, seria uma alternativa à realização de transfusão de sangue, o que, então, beneficiaria não somente as Testemunhas de Jeová mas toda a população.

A OMS realmente recomenda que sejam tomadas medidas para reduzir a realização das transfusões de sangue, nos seguintes termos:

Uso racional de sangue e produtos sanguíneos para reduzir transfusões desnecessárias e minimizar os riscos associados à transfusão, o uso de alternativas à transfusão sempre que possível, e práticas transfusionais clínicas seguras e boas, incluindo o manejo do sangue do paciente (*Blood safety and availability*. 2/6/2023. [...])

Tal recomendação da OMS está baseada nas evidências de que: existem tratamentos alternativos para grande parte dos casos; as transfusões de sangue trazem sempre risco majorado aos pacientes; e há baixa disponibilidade de sangue para procedimentos cirúrgicos [...].”

Voto do Ministro André Mendonça: “Em meu voto, faço referência a essa autonomia de vontade para situações como as que estamos analisando, previstas em procedimentos da própria medicina desde o Código de Nuremberg, em 1947, passando pela Convenção de Helsinque, em 1964, onde o paradigma médico/paciente passa pelo conceito de consentimento informado ao paciente. [...]”

“O Código de Nuremberg, de 1947, e a Convenção de Helsinque, de 1964, realizada pela Associação Médica mundial, e que recebeu revisões até outubro de 2013, na Assembleia Geral ocorrida em Fortaleza-CE, são tidos como os primeiros documentos internacionais que apontam para a superação do paradigma médico-paternalista em direção ao conceito de consentimento informado do paciente.”

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (2005) reforça, em seu artigo 6º, a importância do consentimento prévio, livre e esclarecido para qualquer intervenção médica: ‘qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.’ (Referência: *site oficial “unesdoc.unesco.org”*)”

Voto do Ministro Edson Fachin: “De modo que eu estou fazendo algumas dessas referências para mostrar o fundamento que Vossa Excelência e os eminentes Colegas que já me antecederam explicitaram quer em julgamentos deste Tribunal, quer na própria Constituição, nomeadamente o inciso VI do art. 5º da nossa Constituição, quer mesmo no Pacto de São José da Costa Rica, especialmente no seu art. 12.”

“Neste influxo, portanto, há de se ter em conta que o direito garantido no art. 5º, VI, da CRFB (‘é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias’) é integrado pelo disposto no art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o direito à liberdade de consciência e de religião ‘implica a liberdade de conservar sua religião ou crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado’ [...]

Outra não é a linha de compreensão contida no art. 18, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que garante que o direito à liberdade de religião ‘implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino’[...].

Há, portanto, inerente ao direito à liberdade de religião, uma dimensão pública, como assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso a Última Tentação de Cristo: a proteção à liberdade de consciência ‘é a base do pluralismo necessário para a coexistência harmônica de uma sociedade democrática, a qual, como qualquer sociedade, é formada por pessoas com diferentes convicções e credos’. O pluralismo democrático não prescinde, pois, como proferi no julgamento da ADI 4.439 e ora repiso, de convicções religiosas particulares.”

“No âmbito internacional, em julgamento às vésperas desta sessão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou o Estado da Espanha (PINDO MULLA v. SPAIN nº. 15541/20) a indenizar por danos morais paciente testemunha de Jeová que recebeu transfusão de sangue contra a sua vontade. Neste julgamento a grande Câmara do órgão apontou a violação dos direitos à vida privada e liberdade de religião, garantidos pelos artigos 8º e 9º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.”

“Destaca-se que as crianças e os adolescentes têm os seus direitos protegidos por leis e tratados, como (i) a Declaração Universal dos Direitos da Criança; (ii) o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu art. 19 prevê a atuação do Estado e também da sociedade em benefício da proteção dos menores; (iii) a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas; (iv) a Constituição Federal, que dispõe igualmente sobre a proteção da criança e do adolescente no art. 227, § 3º; e (v) o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outras leis esparsas, como a Lei nº 12.010/09, promulgada com o fito de regular o procedimento de adoção no território nacional.”

Voto do Ministro Luiz Fux: “Anoto que, na Corte de Nova Iorque, julgando-se uma apelação de 1914, o *Justice Benjamin Cardoso* estabeleceu exatamente uma moderna compreensão da relação médico/paciente: tem sempre lugar o consentimento informado, considerada a saúde como bem da vida e também considerada a pessoa dotada de capacidade para decidir sua sorte.”

“Também destaco, Senhor Presidente, da pesquisa que fiz, um caso de 1914, *Schlondorff vs Society of New York Hospitals*. O Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, interpretando o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu o direito à saúde e de não sofrer intervenções não assistidas como encartado no direito à autodeterminação. [...]”

“A liberdade religiosa não é exercível apenas em âmbito público, mas também em âmbito privado, conforme destacou o Ministro Edson Fachin na ADI 2.566, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2018. Essa dupla dimensão da liberdade de crença é igualmente reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos, nosso Pacto de São José da Costa Rica.”

“A inobservância de vontade declarada em conformidade com a religião ou crença traduz verdadeira discriminação religiosa, repudiada pela Constituição Federal brasileira e pelo direito internacional, como se observa no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana, nos artigos mencionados da Declaração Universal e na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância.”

“No mesmo compasso, tem-se a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 2005 (SHS/EST/BIO/06/1), a qual prevê a necessidade de consentimento informado para tratamentos médicos [...].”

“Nesse contexto, pode-se dizer, consectariamente, que o direito fundamental à saúde alberga margem de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo e da própria vida. Com efeito, consoante assentou o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgãos de supervisão do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992), interpretando o artigo 12 do tratado, o direito à saúde está encartado no direito de autodeterminação e de não sofrer intervenções não consentidas, isto é, nas palavras do Comitê, *‘el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales’* (E/CN.4/2000/4, Comentário Geral 14, parágrafo 8).”

“A dupla dimensão da liberdade religiosa é igualmente reconhecida no direito internacional dos direitos humanos. Deveras, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992) explicita que ‘esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino’ (artigo 18.1), na mesma linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 18) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992, artigo 12.1).”

“À luz do direito de se expressar conforme a própria crença, sobremaneira se não prejudicado direito alheio, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *West Virginia State Board of Education et al. v. Barnette et. al.* (319 U.S. 624, 1943), concluiu ser inconstitucional a norma estadual que obrigava, nas escolas públicas, as crianças a saudar a bandeira oficial e jurar fidelidade nacional, por violar a Primeira e a Décima Quarta Emenda. O caso tratava, justamente, das Testemunhas de Jeová, que compreendem que, de acordo com a Bíblia, não devem prestar juramento a nenhuma bandeira.

Outrossim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso *Gesundbeter* (BVerfGE 32, 98, 1971), reconheceu que a liberdade religiosa, em sua faceta externa, abrange o *direito de agir conforme a própria crença*, em observância à dignidade da pessoa humana e ao direito à autodeterminação.”

“Proceder da espécie igualmente viola comandos dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992). Nas palavras do Pacto, ‘ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha’ (artigo 18.2), sendo que ‘a liberdade de mani-

festar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas’ (artigo 18.3).”

“Trazendo uma conceituação, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preceitua, justamente, que a adaptação razoável significa ‘as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais’ (artigo 2º).”

“O Relator Especial da ONU sobre a Liberdade de Religião ou Crença, Heiner Bielefeldt, já teve a oportunidade de assinalar que, *‘[p]ara prevenir o corrigir consecuencias discriminatorias, los Estados deberían celebrar por norma consultas con representantes de las minorías religiosas antes de promulgar legislación que pueda infringir sus convicciones y prácticas religiosas o relacionadas con sus creencias, y deben desarrollar y promover políticas de ‘adaptación razonable’ para que los miembros individuales de las minorías puedan vivir conforme a sus convicciones*”⁶⁶.

“Além disso, como argumentado, a 63ª Assembleia Mundial da Saúde exortou os Estados membros da Organização Mundial de Saúde a implementarem o programa de gerenciamento do sangue do paciente (PBM – *Patient Blood Management*), de sorte a conferir maior efetividade ao direito à saúde da população em geral (Resolução WHA63.12, 2010)⁶⁷.”

⁶⁶ Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2012 (A/HRC/22/51). Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g12/189/89/pdf/g1218989.pdf>.

⁶⁷ “Recalling previous resolutions of the Health Assembly mentioning the vital need to strengthen blood establishments and ensure the quality, safety and efficacy of blood products, URGES Member States (...) (6) to establish or strengthen systems for the safe and rational use of blood products and to provide training for all staff involved in clinical transfusion, to implement potential solutions in order to minimize transfusion errors and promote patient safety, to promote the availability of transfusion alternatives including, where appropriate, autologous transfusion and patient blood management”.

“Nesse sentido, tem-se recente decisão da justiça inglesa, que autorizou um adolescente testemunha de Jeová de dezessete anos e cinco meses a realizar procedimento cirúrgico sem transfusão de sangue. Analisando o caso, marcado pela circunstância de que a cirurgia não poderia aguardar a maioridade, sob pena de graves danos à saúde, entendeu-se demonstrado que o adolescente compreendia adequadamente todos os riscos envolvidos e possuía capacidade de decidir sobre o próprio tratamento Cita-se: *Family Division of the High Court, J (Blood Transfusion: Older Child: Jehovah’s Witnesses)*, Re [2024] EWHC 1034 (Fam) (15 April 2024).”

“Recorrendo-se uma vez mais ao direito comparado, é possível verificar que as decisões judiciais, conquanto autorizem a transfusão de sangue sem o consentimento dos pais, se for ela necessária para a salvaguarda da vida e da saúde da criança, não descuidam da utilização de tratamentos alternativos viáveis. Assim, por exemplo, já decidiram a justiça australiana (*New South Wales Supreme Court, Hunter New England Local Health District v JI & Ors*, 2023⁶⁸) e a italiana (*Tribunale per i minorenni di Trento*, decreto 214, de 30/12/1996⁶⁹).”

⁶⁸ “The evidence on the application indicated that JI’s treating specialist and medical team have been sensitive to the Parents’ desire to avoid treating JI with blood or blood products given their religious beliefs. They have considered and will continue to take steps to exhaust all alternative treatments, and will adopt a blood conservation strategy in the course of the surgeries and as part of JI’s recovery. Despite this, the evidence from her treating specialist is that it may be clinically necessary to treat JI with blood and/or blood products in connection with the surgical procedures to manage the risk of damage to her health, including the risk of death. (...) For these reasons, on 19 October 2023, I made orders in Chambers in accordance with the short minutes of order agreed by the parties, which included the following: (...) ORDER that in the absence of the consent of the parents of the child, Dr XXX (‘the authorised clinician’) of XXX hospital (‘the Hospital’) is authorised to order that: (c) in the opinion of the authorised clinician, the blood transfusion procedures are necessary rather than any other medical procedures; (d) in forming the opinion referred to in 19(c) the authorised clinician at all times seeks to avoid unnecessary use of and to minimise the use of the blood transfusion procedures.” Caso disponível em: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/18b5ab7d35b3fd89b7312fa0>.

⁶⁹ “Il decreto - ritenendo che il rifiuto reiterato dei genitori testimoni di Geova a sottoporre a trasfusione la figlia, neonata prematura e in grave pericolo di vita, motivato sulla base delle proprie convinzioni religiose, giustificasse la sospensione della responsabilità genitoriale - da un lato, ha disposto l’affidamento della minore al responsabile del reparto di terapia intensiva neonatale dell’ospedale, limitatamente alle decisioni riguardanti gli interventi sanitari, dall’altro, ha prescritto al medico affidatario di tenere conto delle convinzioni religiose dei genitori, preferendo, quando possibile, terapie compatibili con tali convincimenti.” (DI COSTANZO, Caterina. Il dissenso alle emotrasfusioni a beneficio di una minore. Considerazioni in calce a un provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Firenze. *Diritto e Salute*, n. 2, 2019, p. 21-22).

20.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por unanimidade de votos, em apreciando o tema 952 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário [...]”

21. RE nº 1.211.446: extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva

21.1 Identificação do caso

RE nº 1.211.446

Recorrente: Município de São Bernado do Campo

Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes

Relator: Ministro Luiz Fux

Julgamento: 13.03.2024

21.2 Resumo

Recurso extraordinário (RE) em que discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade a mãe não gestante que convive em união estável homoafetiva. A recorrida, servidora pública municipal, solicitou a licença, sob o argumento de que sua companheira, que gestou a criança, não possuía vínculo previdenciário e precisaria retornar ao trabalho. O município negou o pedido alegando falta de previsão legal para concessão do benefício à mãe não gestante. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, com base no dever estatal de proteção à maternidade e à infância, bem como no reconhecimento da pluralidade de tipos de família acolhidos pela Constituição.

21.3 Ementa

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. ARTIGOS 7º, XVIII, E 201, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. SILÊNCIO LEGISLATIVO. CONCEITO PLURAL DE FAMÍLIA. MULTIDIVERSIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSTITUÍDO PRIMORDIALMENTE NO INTERESSE DA CRIANÇA. FUNDAMENTALIDADE DA CONVIVÊNCIA PRÓXIMA COM A GENITORA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO À MÃE NÃO GESTANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DOIS BENEFÍCIOS IDÊNTICOS EM UM MESMO NÚCLEO FAMILIAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e a realidade das relações interpessoais no seio de nossa sociedade impõem regime jurídico que protege diversos formatos de família que os indivíduos constroem a partir de seus vínculos afetivos. Esta concepção plural de família resta patente no reconhecimento constitucional da legitimidade de modelos familiares independentes do casamento, como a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º da CF de 1988).

2. O Supremo Tribunal Federal assentou, no histórico julgamento da ADI 4.227 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011), o novel conceito de família, como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil e que abrange, com igual dignidade, uniões entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos, a partir de uma exegese não reducionista.

3. A licença-maternidade constitui benefício previdenciário destinado, em conjunto com outras previsões, a concretizar o direito fundamental social de proteção à maternidade e à infância, mencionado no *caput* do art. 6º da CF. A temática relaciona-se à

inserção da mulher no mercado de trabalho, que conduziu os Estados a promoverem políticas públicas que conciliassem a vida familiar e o melhor interesse dos filhos com a atividade laboral, para o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher.

4. A proteção à maternidade constitui medida de discriminação positiva, que reconhece a especial condição ou papel da mulher no que concerne à geração de filhos e aos cuidados da primeira infância, tendo como *ratio essendi* primordial o bem-estar da criança recém-nascida ou recém-incorporada à unidade familiar.

5. O convívio próximo com a genitora na primeira infância é de fundamental importância para o desenvolvimento psíquico saudável da criança. É que a garantia de períodos estendidos de licença-maternidade está associada, na literatura médica, entre outras coisas à redução da mortalidade infantil em países de todos os níveis de renda (HEYMANN et al. *Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development era*. Public Health Reviews, 2017, 38:21).

6. A *ratio essendi* primordial de proteção integral das crianças do instituto da licença-maternidade, tem diversos precedentes no sentido da extensão deste benefício a genitores em casos não expressamente previstos na legislação. Nesse sentido, a jurisprudência consagrou que a duração do benefício deve ser idêntico para genitoras adotivas e biológicas (RE 778.889, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/08/2016); reconheceu-se o gozo da licença a servidores públicos solteiros do sexo masculino que adotem crianças (RE 1.348.854, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24/10/2022); e garantiu-se o direito à licença também às servidoras públicas detentoras de cargos em comissão (RE 842.844, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 06/12/2023).

7. As normas constitucionais relativas ao direito à licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva não podem ser interpretadas fora do contexto social em que o ordenamento jurídico brasileiro se insere, impondo-se opção por interpretação que confira máxima efetividade às finalidades perseguidas pelo Texto Constitucional.

8. O direito à igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pressupõe a consideração das especificidades indevidamente ignoradas pelo Direito, especialmente aquelas vinculadas à efetivação da autonomia individual necessária à autorrealização dos membros da sociedade. Na linha da definição formulada por Ronald Dworkin, a igualdade equivale a tratar a todos com o mesmo respeito e consideração (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 419).

9. À luz da isonomia, não há que se falar exclusão da licença-maternidade às mães não gestantes em união homoafetiva. A Constituição Federal de 1988 concede à universalidade das mulheres a proteção constitucional à maternidade, independentemente do prévio estado de gravidez.

10. O reconhecimento da condição de mãe à mulher não gestante, em união homoafetiva, no que concerne à concessão da licença-maternidade, tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material e, simbolicamente, de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes.

11. À luz do princípio da proporcionalidade, verifica-se a impossibilidade da concessão do benefício na hipótese abstrata de concorrência entre as mães a ambas simultaneamente em virtude de uma única criança, devendo a uma delas ser concedida a licença-maternidade e à outra afastamento por período equivalente ao da licença-paternidade. Saliente-se no ponto que o Plenário desta Corte declarou, recentemente, no julgamento da ADO 20, a existência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional no que concerne à regulamentação da licença-paternidade, assinalando prazo de 18 meses ao Poder Legislativo Federal para a colmatação da lacuna normativa.

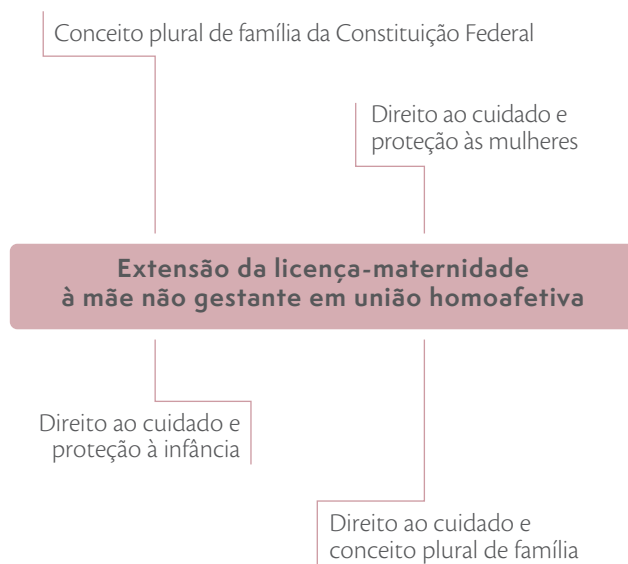
12. *In casu*, tem-se quadro fático em que o direito de trabalhadora não gestante em união homoafetiva ao gozo de licença-maternidade foi reconhecido, em contexto em que sua companheira, a mãe gestante, não usufruiu do benefício, de sorte que a decisão recorrida se adéqua perfeitamente à melhor interpretação constitucional.

13. Recurso extraordinário a que se nega provimento [...].”

21.4 Tese

“A servidora pública ou a trabalhadora regida pela CLT não gestante em união homoafetiva têm direito ao gozo da licença-maternidade. Caso a companheira tenha usufruído do benefício, fará jus a período de afastamento correspondente ao da licença- paternidade.”

21.5 Fundamentação



Conceito plural de família da Constituição Federal

“Início pontuando que, a ausência de legislação, seja municipal, seja federal, a contemplar a situação ora em análise, de mãe não gestante em união homoafetiva com relação à licença-maternidade, evidencia que o conjunto legislativo *sub judice* ainda assume como paradigma o modelo tradicional de família, centrado na heteroafetividade e no vínculo indissolúvel do casamento.

Ocorre, todavia, que – como tantas vezes afirmado no Plenário deste Supremo Tribunal Federal –, a Constituição Federal de 1988, forte no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e atenta à realidade das relações interpessoais no seio de nossa sociedade, inaugurou regime que protege diversos formatos de família que os indivíduos constroem a partir de seus vínculos afetivos. Assim é que, por exemplo, a Constituição reconhece, expressamente, como legítimos modelos familiares independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada família monoparental (art. 226, § 4º).”

“Foi exatamente à luz desta compreensão, que Egrégia Corte reconheceu, em julgamento histórico, a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas. Na ADI 4.277 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011), o Plenário deste STF assentou a imperiosidade de uma interpretação não-reducionista do conceito de família, como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil e que abrange, com igual dignidade, uniões entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos. [...]”

“Com efeito, em uma sociedade democrática, fundada no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, a realidade fática da multidiversidade familiar, com todos os seus desdobramentos, tem de ser reconhecida. A este Supremo Tribunal Federal incumbe, na ausência de legislação que proteja suficientemente as entidades familiares diversas e, especialmente, as crianças integrantes destas entidades, fornecer, pela via da hermenêutica constitucional, os necessários meios protetivos.”

Direito ao cuidado e proteção às mulheres

“[...] a temática da licença maternidade relaciona-se à inserção da mulher no mercado de trabalho, que conduziu os Estados a promoverem políticas públicas que conciliassem a vida familiar e o melhor interesse dos filhos com a atividade laboral, para o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher. A proteção à maternidade constitui, assim, medida de discriminação positiva, que reconhece a especial condição ou papel da mulher no que concerne à geração de filhos e aos cuidados da primeira infância. Não se trata, pois, de prerrogativa injustificada ou abusiva, porquanto o Estado favorece as mães como forma de tratar as diferenças naturais e amplamente justas.”

Direito ao cuidado e proteção à infância

“A *ratio essendi* primordial do instituto da licença-maternidade é, sem dúvida alguma, o bem-estar da criança recém-nascida ou recém incorporada à unidade familiar (como se dá no caso de adoção). Com efeito, visa-se assegurar a assistência das necessidades essenciais da criança pela família, pelo Estado e pela sociedade (art. 227 da CF/1988).

O tempo de convívio familiar é uma das necessidades descritas no Texto Constitucional, na medida em que, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança, na medida em que a mãe poderá atender-lhe as necessidades básicas. O afastamento laboral remunerado das atividades profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo membro na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente, conforme amplamente reconhecido no meio científico.”

“Para se ter uma ideia do impacto da licença-maternidade na família e na sociedade, ao analisar dados de 17 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico — OCDE, os professores norte-americanos da Universidade de Toledo, em Ohio, C. R. Winegar-

den e Paula Bracy apontam correlação de programas de licença-maternidade e o declínio na taxa de mortalidade infantil (WINEGARDEN, C. R.; BRACY, P. M. *Demographic consequences of maternal-leave programs in industrial countries: evidence from fixed-effects models*. Southern Economic Journal, v. 61, p. 1.020- 1.035, 1995).“

Direito ao cuidado e conceito plural de família

“Consideradas essas premissas, observa-se no conceito de proteção à maternidade a ideia de proteção de laços familiares baseados no sentimento, no afeto, a afastar a possibilidade de que a proteção seja aplicada a algumas mães e não a outras, especialmente se considerarmos a realidade de uma sociedade marcadamente preconceituosa em relação a modelos que fogem do estereótipo predeterminado de família, que de modo impiedoso exclui, nos planos da interação social e da normatividade, os demais modelos. O pleito *sub examine* bem revela a insurgência que eclode do tecido social contra a exclusão decorrente desses padrões. A resposta do Judiciário tem de vir na medida e com efeito duplo: na proteção da criança, que não escolhe a família onde nascer; e na proteção da mãe não gestante em união homoafetiva, escanteada por uma legislação omissa e preconceituosa.”

“[...] À luz da proporcionalidade, forçoso reconhecer que a ausência de previsão expressa na norma de situação decorrente de uma nova configuração familiar, de família homoparental, acaba por excluir direito não apenas da mãe não gestante, mas também da criança. O Estado deve minimizar, de todas as formas, o risco de fragilização da maternidade, período em que o recém-nascido aspira cuidados especiais.”

21.6 Diálogo entre o STF, o SIDH e outros Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Voto do Relator, Ministro Luiz Fux: “A proteção à maternidade e à infância em nível constitucional no Brasil teve sua origem apenas com a Constituição de 1934. Por sua vez, a primeira legislação de alcance nacional a contemplar a licença-maternidade foi a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, de 1943, na qual se estabeleceu o período de 84 dias e o custeio pelo empregador — o que implicava, no plano fenomênico, restrições às mulheres no mercado de trabalho. A fim de evitar esse tipo de discriminação, houve recomendação da Organização Internacional do Trabalho — OIT, por intermédio do artigo IV, item 8, da Convenção 103/1952, ratificada pelo Brasil em 1965, que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega, pois, caso contrário, a licença-maternidade consistiria em uma condição desfavorável e fator de desestímulo à contratação de mulheres, razão pela qual as prestações deveriam ser custeadas por um sistema de seguro social.”

“Vale lembrar que a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, de 1952, marco na proteção aos direitos excepcionais do período da *maternidade*, garante a toda mulher a licença-maternidade (artigo III, item 1), o que inclui mães gestantes, mães adotantes e também as mães não gestantes em união homoafetiva.”

Voto do Ministro Nunes Marques: “A conscientização acerca do direito da mulher de ausentar-se do local de trabalho por tempo determinado para o resguardo do nascituro deu origem, no plano internacional, à Convenção n. 3, de 1919, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O documento, revisado em 1952, recebeu o n. 103 e a denominação 'Convenção sobre o Amparo à Maternidade'.

Referida convenção foi internalizada no Brasil mediante promulgação pelo Decreto n. 58.820, em 14 de julho de 1966, entrando em vigor no dia 18 imediato."

Voto do Ministro Edson Fachin: "Todavia, feita a filtragem jurídica nesse lugar da apreciação em sede jurisdicional, tenho que há alguns comandos normativos que estabelecem determinados limites à luz desta repercussão geral, ao menos. Dentre eles, os próprios dispositivos expressos da Constituição: o inciso XVIII do art. 7º, o § 3º do art. 39 e algumas convenções internacionais a que Sua Excelência o Relator se referiu, especialmente a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, bem lembrada que é de junho de 1952. Aliás, havia sido precedida pelo art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já apontava nessa direção."

"No âmbito internacional, o direito à licença-maternidade está previsto na Convenção nº 103, editada na Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 28 de junho de 1952. No Brasil, essa Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 58.820/966, que foi revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, no qual consta um anexo específico para amparar a maternidade. Evidencia-se o artigo III do anexo XXIV:

- '1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.
2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente depois do parto.
3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional; não será, porém nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seis antes da data provável do parto, seja após a

data da expiração da licença obrigatória ou seja ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda.

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.

5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário de parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

Além da Convenção nº 103, a Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, de 1948, salvaguarda a licença-maternidade, conforme se observa no artigo 23:

‘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.’ [...]

A licença-maternidade, indubitavelmente, é um meio basilar para proteger a família, a mãe e, sobretudo, o filho. Nesse sentir, o teor aberto do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange o direito à licença-maternidade.”

21.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, apreciando o tema 1.072 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário [...]”



Esta obra foi projetada e composta, na fonte Semplicita Pro, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, em parceria editorial com a Secretaria de Comunicação Social do Conselho Nacional de Justiça.

