

DOI

O paradigma liberal individualista de uma filosofia dos direitos humanos

The liberal individualistic paradigm of a philosophy of human rights

PROF. DR. FABRÍCIO JOSÉ
RODRIGUES DE LEMO

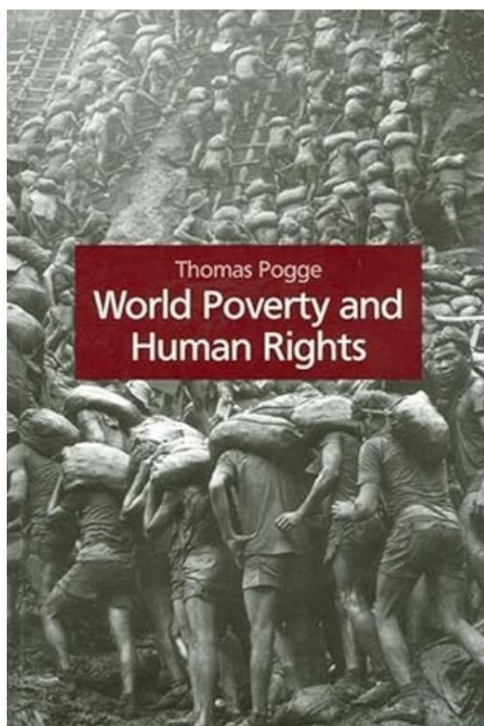
Autores da edição:

Augusto César Leite de Resende, Hemilly Gabriellen Santana Santos, Giovanilza Maria Pessôa de Oliveira, Edilson Enedino das Chagas, Rafaela Volpato Viaro, Matheus Felipe de Castro, Ricardo Araújo Lima, Gina Vidal Marcílio Pompeu, Enny Araújo Lima, Aurora Bertassoni Schwinn, Debora Lacs Sichel,

PRESIDENTE
TRF1ª REGIÃO
Desembargador Federal
João Batista Moreira

VICE-PRESIDENTE
TRF1ª REGIÃO
Desembargadora Federal
Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas

CORREGEDOR
TRF1ª REGIÃO
Desembargador Federal Ney de
Barros Bello Filho



CAPA DO LIVRO DE THOMAS POGGE, INTERNET

V. 36 Nº 4 / 2024

E-ISSN: 2596-2493



Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. -- v. 36, n. 4 (2024)- . -- Brasília : TRF1, 2024.

v.

De 1989 a 2019, periodicade mensal; a partir de 2019, periodicidade quadrimestral.

e-ISSN 2596-2493

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Elisa Raquel Sousa Oliveira - CRB/DF 2523

Sobre a revista

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região é um periódico quadrimestral para a divulgação de artigos de temáticas jurídicas, produzidos por metodologia científica, sem prejuízo da interdisciplinariedade do direito com outras ciências.

Em cada edição disponibilizamos em média 10 textos.

A publicação é integrada, ainda, por julgados relevantes do TRF da Primeira Região. O objetivo é contribuir para a promoção do debate do direito e, com isso, o aprimoramento de todos os atores do cenário da Justiça brasileira.

O Editor-Chefe Desembargador Federal Hercules Fajoses é filiado à Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC).

Política Editorial

A Revista do TRF da Primeira Região oferece acesso aberto, livre e imediato e fluxo contínuo ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização do conhecimento.

Adota-se os termos da licença *Creative Commons* CC BY-NC-ND ([CC BY-NC-ND 4.0 Texto Legal | Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional | Creative Commons](#)).

Portanto, os textos estão disponíveis para serem apreciados, baixados, impressos e compartilhados, desde que seja para uso não comercial e com a devida menção referenciada à fonte e ao autor, conforme a ABNT, no que for cabível, NBR 14724 (Trabalho Acadêmico), NBR 10520 (Citações), NBR 6022 (Artigos científicos impressos), NBR 6023 (Referências), NBR 6027 (Sumário), NBR 6028 (Resumo e Abstract), NBR 6024 (Numeração progressiva das seções), NBR 6034 (Índice), NBR 15287 (Projeto de pesquisa).

Todo o processo de submissão, de avaliação e de publicação é gratuito e não haverá nenhuma cobrança aos interessados em submeter seus artigos para eventual publicação na Revista.

Padrões de ética e boas práticas de publicação

A Revista do TRF da Primeira Região assegura o mais elevado padrão ético nos procedimentos editoriais para artigos avaliados e publicados.

Seguimos os [princípios de transparência e boas práticas em publicações acadêmicas](#) do Comitê de Ética em Publicações ([Committee on Publication Ethics](#) – COPE) e exigimos que editores, avaliadores e autores pautem o seu comportamento pelas diretrizes internacionais

de atuação, tomando como base o [Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Periódicos](#) do COPE.

Revisão por pares

Os artigos submetidos passam por avaliação inicial, realizada pela equipe editorial, que verifica a pertinência do conteúdo e a estrutura constante nas diretrizes para autores. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada a sua adequação às normas editoriais. Logo em seguida, os artigos serão avaliados por dois especialistas nos temas tratados, pelo método duplo-cego (*double-blind peer review*), que consiste na análise por pares dos textos não identificados. Em caso de impasse e opiniões divergentes, o artigo será encaminhado para um terceiro especialista. A identidade do autor e do parecerista são mantidas em sigilo.

A Revista do TRF da Primeira Região reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações semânticas pertinentes, respeitando, porém, o estilo redacional dos autores, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT e ao padrão da Revista.

Declaração de Direito Autoral

Ao submeterem artigos à Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, os autores declaram ser titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos, bem como autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao território, ou qualquer outra.

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

- Autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao território, ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa. Textos entregues em língua estrangeira não serão revisados e/ou corrigidos pela equipe editorial.
- Mantém os direitos autorais (Lei 9.610, de 1998) e concedem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a *Creative Commons Attribution License* ([CC-BY-NC-ND 4.0](#)), permitindo o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

PRESIDENTE

Desembargador Federal João Batista Moreira

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas

CORREGEDOR

Desembargador Federal Ney de Barros Bello Filho

EQUIPE EDITORIAL

Diretor e Editor-Chefe

Doutorando Hercules Fajoses

Universidade de Salamanca, Espanha/Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor Adjunto

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor de Seção

Prof. Me. Antônio Róger Pereira de Aguiar

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos/Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região é licenciada sob uma Creative Commons CC BY-NC-ND (CC BY-NC-ND 4.0 Texto Legal | Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional | Creative Commons) de fluxo contínuo e Open Access. Está presente e preservada nos seguintes indexadores/diretórios:



Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Edifício Sede I, Quadra 2, Bloco A, Praça dos Tribunais Superiores
CEP 70070-900, Brasília/Distrito Federal, Brasil

E-mail: revista@trf1.jus.br

Sumário & Summary

O paradigma liberal individualista de uma filosofia dos direitos humanos

The liberal individualistic paradigm of a philosophy of human rights

Fabício José Rodrigues de Lemos

Mulheres aprisionadas: o cômputo em dobro do prazo de privação de liberdade como uma garantia da dignidade humana em um contexto de violação de direitos

Imprisoned women: double the period of deprivation of liberty as a guarantee of human dignity in a context of rights violations

Augusto César Leite de Resende

Hemilly Gabriellen Santana Santos

Argumentação jurídica e fundamentação em direito: um estudo de caso nas sentenças que decidem sobre a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho

Legal argumentation and reasoning in law: a case study in the sentences that decide on compensation for moral harassment in the workplace

Giovanilza Maria Pessôa de Oliveira

A aplicação coordenada das teses firmadas nos temas 452 do STF e 955 do STJ para afirmação da previdência complementar como direito fundamental

The coordinated application of theses signed in themes 452 of the STF and 955 of the STJ for the affirmation of the supplementary social security as a fundamental right

Edilson Enedino das Chagas

Inviolabilidade domiciliar e flagrância delitiva: o modelo de suficiência probatória dos tribunais superiores brasileiros

Home's inviolability and red-handed prison: the sufficiency evidence model's of brazilian superior courts

Matheus Felipe de Castro

Rafaela Volpato Viaro

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe e o desenvolvimento humano pós-pandemia: perspectivas à luz de Amartya Sen

Eclac and post-pandemic human development: perspectives in the light of Amartya Sen

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Ricardo Araújo Lima

Enny Araújo Lima

Direitos culturais e direitos autorais: seus conflitos perante as novas tecnologias

Cultural rights and copyright laws: conflicts before new technologies

Debora Lacs Sichel

Aurora Bertassoni Schwinn

As minorias linguísticas no Brasil: um estudo à luz dos direitos humanos

Linguistic minorities in Brazil: a human rights perspective

Tadeu Luciano Siqueira Andrade

Editorial

Não seria hipérbole afirmar que a Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região se consolidou como veículo divulgador de conteúdo jurídico em seus 35 anos de circulação, dos quais, os últimos cinco no modal eletrônico via *software Open Journal System*, agora se prepara para enfrentar a mais consistente e impactante alteração em sua política editorial, tecnológica e internacionalização para se consolidar como periódico de referência no Brasil e no exterior em pesquisa e debate de alto nível acerca das questões do Direito e da justiça nos meios jurídico e acadêmico, a partir da argumentação dialética e democrática das demandas sociais que perpassam pela Justiça Federal.

Publicada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, com sede em Brasília e jurisdição sobre o Distrito Federal, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, nos últimos 12 meses a Revista teve 96 mil acessos no Brasil e no exterior, destacadamente nos Estados Unidos da América do Norte (1.037 visualizações), Portugal (224 visualizações) e Alemanha (140 visualizações).



Dando continuidade às melhorias da gestão editorial dos meus predecessores, firmamos o propósito de inserir o periódico no circuito acadêmico nacional e internacional com o que há de mais atual nas chamadas “boas práticas editoriais”, a saber: seguir os parâmetros da Declaração de Acesso Aberto de Budapeste, do Comitê de Ética para Publicações, do Diretório de Periódicos de Acesso Aberto e da Associação de Publicação Acadêmica de Acesso Aberto, todas instituições internacionais responsáveis por estabelecerem critérios objetivos de responsabilidade ética do Editor e sua equipe, dos pareceristas e autores dos manuscritos. Trata-se, portanto, de metodologia editorial avançada pautada em rigorosos padrões e exigências acadêmicas para todos os atores envolvidos, da *casa editora* aos autores(as) dos manuscritos, cujos resultados junto às agências indexadoras, universidades e pesquisadores(as) nacionais e internacionais virão a médio e longo prazo.

Nesse sentido, enquanto membro da Associação Brasileira de Editores Científicos, nossa primeira ação foi adotar "Publicação em Fluxo Contínuo"/*Ahead of Print* e Acesso

Aberto (*Open Access*), disponibilizando os artigos em menor tempo possível, sem esperar a tradicional publicação única no final de cada quadrimestre, assegurando réplica e tréplica argumentativa via novos artigos entorno do mesmo tema, além de promover as seguintes atualizações editoriais: os autores(as) precisam informar o Id Lattes o código ORCID Id, equivalente à identidade internacional do pesquisador(a) e, necessariamente, um dos autores(as) com titulação de doutor.

A presente edição, por exemplo, reúne professores, pesquisadores e magistrados das Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade Tiradentes, Universidade Autônoma de Madri, Centro Universitário de Brasília, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade de Brasília, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Universidade de Coimbra, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, os quais assamos a detalhar.

Fabício José Rodrigues de Lemo, autor de “O paradigma liberal individualista de uma filosofia dos direitos humanos/The liberal individualistic paradigm of a philosophy of human rights”, pesquisa de pós-doutorado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, escreve a partir “da fonte de fundamentação liberal individualista dos direitos fundamentais em âmbito mundial” para “refletir sobre o que podem ser caracterizados como direitos amplamente universalizáveis, ou seja, direitos fundamentais incontestáveis ou, ainda, o que poderia ser considerado um mínimo denominador moral global”.

Os coautores Augusto César Leite de Resende e Hemilly Gabriellen Santana Santos, Universidade de Coimbra/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Universidade Tiradentes, respectivamente, analisaram as “Mulheres aprisionadas: o cômputo em dobro do prazo de privação de liberdade como uma garantia da dignidade humana em um contexto de violação de direitos” sobre “determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do cômputo em dobro do prazo de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais que atentam contra a dignidade da pessoa humana, tendo como foco as problemáticas do gênero feminino”. Para os autores, “o estudo concluiu que apesar da determinação ser direcionada a estabelecimentos prisionais específicos, a medida pode ser ampliada para outros casos, diante do comprometimento em assegurar os direitos humanos”.

Giovanilza Maria Pessoa de Oliveira, doutora pela Universidade Autônoma de Madri, escreveu sobre “Argumentação jurídica e fundamentação em direito: um estudo de caso nas sentenças que decidem sobre a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho” e concluiu que “nas Sentenças analisadas, a argumentação jurídica e a fundamentação validam elementos que tornam a atuação do judiciário insuficiente para desestimular a prática do assédio moral; seja pelas sentenças apresentarem uma argumentação e fundamentação frágeis, seja por se desconsiderarem a probabilidade do assédio moral sob a responsabilidade objetiva da empresa, quando não há comprovação da responsabilidade subjetiva do empregado ou preposto investigado pela prática do assédio moral, ou mesmo por se tentar desqualificar o assédio moral colocando os holofotes no crescimento e desafios da economia, na produtividade e no lucro das empresas, entre outros pontos”.

“A aplicação coordenada das teses firmadas nos temas 452 do STF e 955 do Superior Tribunal de Justiça para afirmação da previdência complementar como direito fundamental”, de autoria do Juíz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, desenvolvida no âmbito do Centro Universitário de Brasília, Prof. Edilson Enedino das Chagas, defende que “a tese firmada poderá encontrar ou não receptividade para fora do meio jurídico (teoria dos diálogos institucionais e da reputação judicial). Elegeu-se para estudo o julgamento do Tema 452 do STF e do Tema 955 do STJ, recomendando-se a aplicação coordenada das teses, por meio da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática, de modo a reafirmar a previdência privada complementar fechada como direito fundamental e, assim, promover a estabilidade dos planos prospectivamente afetados”.

Os leitores também terão a oportunidade de conhecerem a pesquisa “Inviolabilidade domiciliar e flagrância delitiva: o modelo de suficiência probatória dos tribunais superiores brasileiros” de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe de Castro, ela professora da Escola da Magistratura e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e ele, professor da Universidade Federal de Santa Catarina e da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Para os coautores, “a inviolabilidade domiciliar vem reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, enquanto direito fundamental a tutelar a intimidade e a vida privada, salvaguardando o espaço íntimo intransponível por ingerências estatais. Passível de afetação, esse direito encontra limites na cláusula restritiva do flagrante

delito, que permite que se adentre na residência alheia a qualquer hora, independentemente de autorização judicial”.

Ricardo Araújo Lima, Gina Vidal Marcílio Pompeu, Enny Araújo Lima escreveram sobre “CEPAL e o desenvolvimento humano pós-pandemia: perspectivas à luz de Amartya Sen”. O objetivo do estudo foi “examinar se a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), enquanto organização internacional, possui a capacidade de contribuir para o crescimento econômico entre os países da região e com outras nações” e os autores concluíram que “que Estados e organizações internacionais, como a CEPAL, têm o potencial de promover esforços deliberados por meio do diálogo, visando gerar empregos e auxiliar os membros mais vulneráveis da sociedade na recuperação dos setores impactados pela pandemia”.

Fecha a presente edição o artigo “Direitos culturais e direitos autorais: seus conflitos perante as novas tecnologias” de coautoria de Aurora Bertassoni Schwinn e Debora Lacs Sichel, ambas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Aurora Schwinn e Débora Sichel estabeleceram como objetivo “discutir os direitos culturais e suas relações com os direitos autorais a partir do surgimento de novas tecnologias, em especial a *internet*, com a popularização de serviços de *streaming* e sites de criação de conteúdo, como o *YouTube*”.

Portanto, agradecemos aos autores(as) e suas respectivas instituições que enviaram seus manuscritos para a Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que renova seu compromisso com a qualidade e transparência editoriais. Por fim, convido-os a conhecerem o novo canal de comunicação da Revista, o Instagram @revistatrf1.

Brasília, 29 de dezembro de 2024.

Hércules Fajoses

Desembargador Federal

Diretor e Editor-Chefe

O paradigma liberal individualista de uma filosofia dos direitos humanos¹

The liberal individualistic paradigm of a philosophy of human rights

Fabício José Rodrigues de Lemos²

<https://orcid.org/0000-0002-5537-2800>

fabricao@lemos.adv.br

Resumo

Os Direitos Humanos, dentre outras, possuem duas características que os distinguem dos demais direitos: sua universalidade e sua indivisibilidade. Entretanto, há disputa sobre o que pode ser arrolado nesta categoria especial de direitos universais – o que se procura visualizar no âmbito global é a existência de um grupo de Direitos Humanos tão amplamente difundido que inexistente contestação sobre sua importância e sobre sua universalidade. Nesse sentido, utilizando método de pesquisa bibliográfico, o artigo, partindo da fonte de fundamentação liberal individualista dos direitos fundamentais em âmbito mundial, buscará, em decorrência da existência de direitos similares em países totalmente díspares – i.e., Direitos Humanos universalizáveis -, refletir sobre o que podem ser caracterizados como direitos amplamente universalizáveis, ou seja, direitos fundamentais incontestáveis ou, ainda, o que poderia ser considerado um mínimo denominador moral global.

Palavras-chave: direitos humanos; fundamentação filosófica; moralidade; justiça global.

Abstract

Human rights, among other, have two main characteristics, one's that distinguish them from all other rights: its universality and its indivisibility. However, there's dispute on what can be listed in this special category of universal rights – what one seeks to visualize in the global field is the existence of a so widely spread group of Human Rights that there is not contestation over its importance and universality. In this matter, using the bibliographical method, the article, from the fundamental rights liberal-individualist foundation point of view in world-wide scope, will seek, as a result of the existence of similar rights in totally disparate countries – i.e., universalizable Human Rights -, to reflect on what can be characterized as broadly universalizable rights, in other words, indisputable fundamental rights, or what could be considered a minimum global moral denominator.

¹ Este artigo é fruto de pesquisa desenvolvida no doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do professor doutor Fabio Costa Morosini, e de aperfeiçoamento durante o período de pesquisa de pós-doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, sob supervisão da professora doutora Fernanda Frizzo Bragato e com financiamento pelo CNPq.

² Pesquisador de Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa de estudos pelo CNPq. Doutor em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado.

Keywords: *human rights; philosophical foundation; morality; global justice.*

1 Introdução

Os Direitos Humanos, dentre outras, possuem duas características que os distinguem dos demais direitos: sua universalidade e sua indivisibilidade. Entretanto, há disputa sobre o que pode ser arrolado nesta categoria especial de direitos universais – o que se procura visualizar no âmbito global é a existência de um grupo de Direitos Humanos tão amplamente difundido que inexistente contestação sobre sua importância e sobre sua universalidade. Nesse sentido, partindo da fonte de fundamentação liberal individualista dos direitos fundamentais em âmbito mundial, buscar-se-á, em decorrência da existência de direitos similares em países totalmente díspares³ – i.e., Direitos Humanos universalizáveis -, refletir sobre o que podem ser caracterizados como direitos amplamente universalizáveis, ou seja, direitos fundamentais incontestáveis ou, ainda, o que poderia ser considerado um mínimo denominador moral global.

Portanto, por meio de pesquisa bibliográfica, o artigo fará considerações sobre a fundamentação liberal individualista comum dos Direitos Humanos em âmbito global, para que se possa, na última parte do trabalho, indicar se há ou não a (possibilidade de) existência de um mínimo denominador moral global.

Nesse passo, ciente de que a caracterização de uma ou outra fundamentação para determinados direitos reflete um conjunto especulativo ideal do que podem (devem) ser direitos e responsabilidades em âmbito universal, o artigo buscará dar subsídios para um possível esclarecimento acerca da hipótese de que os Direitos Humanos podem ser dito parâmetro.

³ Para fins de exemplificação, veja-se a liberdade de expressão em países ocidentais como Brasil e Estados Unidos: no Brasil, há restrições ao discurso de ódio; nos Estados Unidos da América, a liberdade de expressão é, em decorrência da Primeira Emenda à Constituição Americana e da construção doutrinária e jurisprudencial posterior, mais ampla. Apesar das diferenças, ambos protegem, em maior ou menor grau, a liberdade de expressão. Em contraste, ao compararmos países como Brasil e Índia, observa-se que ambos protegem o direito à vida, o que pode ser considerado um denominador moral mínimo, e ambos possuem, em suas legislações, a pena de morte – no primeiro, somente em casos de crimes de guerra; no segundo, para crimes comuns, ainda que parcamente utilizada. Ademais, a proteção ao direito à vida varia não só em relação ao Brasil e à Índia: diversos países, tanto ocidentais quanto do Oriente Médio e da Ásia, permitem a pena de morte, o que pode ser visto como uma proteção reduzida a este direito. Apesar disso, muitos desses países garantem ao acusado, anteriormente à aplicação da pena máxima, o devido processo legal e a ampla defesa. Em resumo, existem patamares mínimos de proteção aos Direitos Humanos que, embora variem em grau, são respeitados em diferentes partes do mundo – tratam-se, portanto, de Direitos Humanos universalizáveis.

Para tanto, iniciará com a contextualização filosófico-histórica dos Direitos Humanos, para que, em um segundo momento, utilizando como referencial teórico as doutrinas de, principalmente, Thomas Pogge (2002), Rainer Forst (2012), Charles Beitz (1999) e Gillian Brock (2009), sedimente o caminho para a discussão sobre uma teoria de moralidade global e suas inúmeras implicações em um mundo globalizado cada vez mais interconectado. O faz para que se verifique, nas considerações finais, se e em que medida a construção de uma sociedade globalmente justa passa pela observância dos Direitos Humanos universais, na forma como são concebidos e estruturados no direito internacional.

2 A finalidade dos Direitos Humanos

Para que se compreenda a necessidade de fundamentar moralmente uma filosofia dos Direitos Humanos, importante aduzir sobre a finalidade dos direitos. Buchanan (2013, p. 87), por exemplo, indica que os Direitos Humanos possuem dois propósitos precípuos: (1) fornecer condições para que o indivíduo escolha e possa perseguir seus ideais de vida boa e (2) afirmar e proteger a igualdade formal dos indivíduos, o que inclui a proibição de discriminações baseadas em gênero e raça.

No relativo ao primeiro propósito, os Direitos Humanos apenas deixam o caminho livre para que o indivíduo persiga sua ideia de vida boa, qualquer que seja, conquanto este não entre em conflito com ideais de boa vida de terceiros. Em relação ao segundo propósito, entretanto, cumpre ressaltar as razões para alçá-lo a uma condição tão importante: a igualdade formal é condição de justiça social.⁴ Nesse sentido, constatando-se que ambos os propósitos são interligados, a proibição da discriminação também se destaca como fator primordial para a aferição da justiça social. Explica-se:

Historicamente, a discriminação contra as mulheres e pessoas de cor geralmente tem sido justificada por apelos a crenças sobre supostas diferenças naturais, entendidas não apenas como diferenças, mas como marcas de inferioridade. Em particular, a discriminação foi justificada com o argumento de que as mulheres ou pessoas de cor são naturalmente menos racionais do que os homens ou brancos, contra a suposição de fundo que a racionalidade é um traço especialmente valioso que distingue os humanos dos chamados animais inferiores. Em tal contexto, caracterizar determinadas classes de seres humanos como menos racionais por natureza do que outros transmite uma mensagem de inferioridade, até mesmo

⁴ “When we talk and argue about social justice, what exactly are we talking and arguing about? Very crudely, I think, we are discussing how the good and bad things in life should be distributed among the members of a human society”. (Miller, 1999, p. 1).

sugerindo que eles são, em certo sentido, menos do que totalmente humanos. (BUCHANAN, 2013, p. 91, tradução nossa).⁵

Essa discriminação indicada por Buchanan acima é o cerne da política de reconhecimento de Charles Taylor (1998), a qual indica que há relação entre reconhecimento e identidade, esta concebida como a maneira na qual alguém se vê e se percebe como ser humano: *A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos outros.* (Taylor, 1998, p. 45). Taylor argumenta que essa inexistência de reconhecimento ou o reconhecimento incorreto por parte da sociedade e de outros membros da comunidade em que o indivíduo está inserido constituem uma forma de agressão, afetando negativamente sua identidade, [...] *reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe.* (Taylor, 1998, p. 45).

Essa restrição influencia diretamente na persecução da ideia de vida boa de cada indivíduo. Sem que haja o devido reconhecimento por parte do outro, o indivíduo reconhecido de forma incorreta ou não reconhecido interioriza essa imagem negativa: *Perante estas considerações, o reconhecimento incorrecto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas.* (Taylor, 1998, p. 46).

Desse modo, argumenta o autor canadense, a necessidade do devido reconhecimento e o respeito são necessidades humanas vitais e, por isso, o princípio da não discriminação foi alçado por Buchanan (2013, p. 87) à condição de um dos dois propósitos primordiais dos Direitos Humanos. Assim, os Direitos Humanos podem fornecer os subsídios para os indivíduos busquem livremente suas concepções de vida boa ao mesmo tempo em que os protegem das agressões advindas do reconhecimento incorreto ou do não reconhecimento como detentores de direitos fundamentais. Para que se atinja esse objetivo, Martínez (2013, p. 30-31) indica que a finalidade de se fundamentar uma filosofia dos Direitos Humanos é, justamente, a proteção desses direitos: *Se fundamenta para proteger, y sólo fundamentando*

⁵ “Historically, discrimination against women and people of color has usually been justified by appeals to beliefs about supposed natural differences, understood not simply as differences, but as marks of inferiority. In particular, discrimination has been justified on the grounds that women or people of color are naturally less rational than men or whites, against the background assumption that rationality is an especially valuable trait that distinguishes humans from so-called lower animals. In such a context, characterizing certain classes of humans as less rational than others by nature conveys a message of inferiority, even suggesting that they are, in a sense, less than fully human”. (Buchanan, 2013, p. 91).

se puede tener una idea clara de lo que se quiere proteger o de aquello por lo que se quiere luchar.

Entretanto, prover um conceito universalizável do que é a fundamentação moral de uma filosofia dos Direitos Humanos é uma tarefa extremamente ingrata: muitos defensores dos Direitos Humanos baseiam suas conclusões na aparente autoevidência e/ou nas intuitivamente verdadeiras proclamações da autoridade moral desses direitos, sem que haja, realmente, um escrutínio público de tais razões. Além disso, há muitos teóricos que indicam, com base em um raciocínio filosófico e uma argumentação acerca do seu comprometimento com os Direitos Humanos, que tais direitos são extensivos a todos os seres humanos, justamente pela característica humana de cada um. Outros, ainda, indicam que, justamente pelo seu reconhecimento legal e utilização institucionalizada, não há necessidade de se falar em fundamentação dos Direitos Humanos. (Fagan, 2012, p. 9).

É precisamente nesse último sentido⁶ que se encontra o filósofo italiano Norberto Bobbio (1992, p. 25-26): o autor aduz que a questão premente é aquela em relação à melhor forma de securitizar os Direitos Humanos, eis que, consoante indica, considerou-se como resolvido o problema da fundamentação dos Direitos Humanos, quando da promulgação, pela Organização das Nações Unidas (ONU), da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mormente no relativo ao seu aspecto filosófico. Essa posição, contudo, é veementemente refutada por Barretto (2002, p. 508), ao afirmar que a questão da fundamentação dos Direitos Humanos e de sua aplicação no direito posto, nesse sentido, é reduzida [...] às soluções encontradas pelo direito positivo, ignorando-se que a natureza desses direitos remete para a questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade. A problemática, por isso, está longe de ser resolvida com base nesse tipo de técnica arguida por Bobbio. Ademais, indica Barretto (2002, p. 524):

A fundamentação crítica dos direitos humanos não constitui em si mesma uma teoria dos Direitos Humanos, e nem a isto se pretende, pois procura somente estabelecer os argumentos racionais e os princípios morais com os quais podem-se justificá-los como uma categoria especial de direitos.

Nesse sentido, consoante Martínez (2013, p. 31) argumenta, a não-fundamentação traz ainda maiores prejuízos à teoria de Direitos Humanos, eis que, sem ela, os direitos já

⁶ “No que se refere à questão da fundamentação, a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos Direitos Humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise de sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica”. (Barretto, 2002, p. 506).

reconhecidos seriam colocados em um âmbito ahistórico, podendo, ao final, ser utilizados como instrumentos ideológicos de legitimação da dominação e opressão:

[...] la no-fundamentación tendría un efecto semejante a las fundamentaciones dogmáticas: a los derechos humanos ya reconocidos se les hipostasiaría, desvinculándolos de la praxis humana y colocándolos en un ámbito ahistórico [...]; se impondrían (imponen) contenidos normativos y criterios de legitimidad política ajenos a los procesos históricos de cada pueblo, y así los derechos humanos terminarían (terminan) siendo instrumentos de ideologización que justificarían (justifican) la dominación y la opresión de unos países sobre otros, de unas clases sociales sobre otras, o de unos grupos sobre otros. Sin fundamentación, los derechos humanos son presa fácil de la falacia desarrollista y se vuelven instrumentos ideologizados de opresión [...].

A diferença fundamental entre um direito moral e um legal diz respeito à executoriedade dos direitos em questão. Um direito positivo possui força de coerção coletiva; um direito moral, não – i.e., não se responsabiliza alguém pela violação de um direito moral. E, para alguns teóricos que não acreditam que os direitos morais possuem força de coerção – Bentham e MacIntyre, por exemplo -, esses direitos não são realmente *direitos*. (Perry, 2013, p. 782). Griffin (2009, p. 95, tradução nossa), verifica-se abaixo, ao arguir acerca do discurso dos Direitos Humanos, refuta essas assertivas sob o argumento de que tais direitos decorrem da dignidade humana em si.

[...] o discurso tem méritos distintos. Ele se concentra e dá destaque às obrigações que surgem, não do status social ou talentos especiais ou habilidades, mas da dignidade do próprio *status* humano. A dignidade do *status* humano em si não é o único, ou o mais, importante *status* moral que os seres humanos têm. O caso de singularizá-lo é, em grande parte, prático. Especificar este estatuto dá a ele destaque, facilidade de transmissão, maior eficácia na nossa vida social, e, de fato, em nossa vida moral, e assim por diante.⁷

Nesse ponto, importante apontar a posição de Douzinas (2010, p. 368), em que o autor indica acerca da impossibilidade de apresentação categórica dos Direitos Humanos, porque esses direitos representam a denúncia da injustiça, eis que, mesmo sem que o indivíduo tenha plena noção do que seja justiça, ele ainda possui a ideia de que há injustiça ao seu redor.

Assim, no mesmo sentido indicado por Forst (2012, p. 24) e Nagel (2005, p. 147), porém sob o viés dos Direitos Humanos, Douzinas (2010, p. 368, tradução nossa) também

⁷ “[...] the discourse has distinct merits. It focuses and gives prominence to obligations that arise, not from social status or special talents or skills, but from the dignity of human status itself. The dignity of human status itself is not the only, or the most, important moral status that human beings have. The case for singling it out is largely practical. Ring-fencing this particular status gives it prominence, ease of transmission, enhanced effectiveness in our social life, and indeed in our moral life, and so on”. (Griffin, 2009, p. 95).

aduz que a teorização sobre justiça deve, necessariamente, partir de uma situação de injustiça.

Os Direitos Humanos não podem ser reduzidos a categorização e classificação, o seu conteúdo não é dado a apresentação categórica. Temos a sensação de estarmos cercados pela injustiça sem saber onde a justiça se encontra. Os Direitos Humanos representam esta denúncia da injustiça e eles permanecem necessariamente e radicalmente negativos tanto em sua essência quanto em sua ação. Para uma política que proteja os Direitos Humanos, a injustiça seria a tentativa de cristalizar e corrigir identidades individuais e de grupo, para estabelecer e policiar as fronteiras do social, para torná-lo co-extensivo e fechá-lo em torno de uma figura de autoridade ou lei. Para uma lei que protege os Direitos Humanos, a injustiça seria esquecer que a humanidade existe na face de cada pessoa, em sua singularidade e irrepitível singularidade e que a natureza humana (o universal) é constituída na e pela sua transcendência pelo mais particular.⁸

Para Rawls (2001b, p. 105), os Direitos Humanos se diferenciam das garantias constitucionais ou dos direitos da cidadania democrática, pois exercem, primordialmente, três papéis importantes. Em primeiro lugar, de maneira a que a comunidade internacional reconheça a legitimidade de determinado regime político, essa nova ordem, deve, necessariamente, observar e zelar pelos Direitos Humanos em seu território. Em um segundo momento, o zelo pelos Direitos Humanos dentro de um Estado soberano deslegitima quaisquer intervenções de outros países, tanto por sanções econômicas quanto por uso da força militar; ao final, indica que os Direitos Humanos [...] *estabelecem um limite último ao pluralismo entre os povos*.

[...] a classe especial dos Direitos Humanos tem estes três papéis: 1. Seu cumprimento é condição necessária da decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica (§§ 8-9). 2. Seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas ou, em casos graves, da força militar. 3. Eles estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos. (Rawls, 2001b, p. 105).

Rawls é ambicioso ao propor um direito cosmopolita, uma moralidade mínima internacional: *Rawls procura, em outras palavras, estabelecer uma norma comum, um direito cosmopolita, que servirá como critério universal para o reconhecimento dos sistemas políticos e jurídicos nacionais*. (Barretto, 2002, p. 502).

⁸ “Human rights cannot be reduced to categorisation and classification, their content is not given to categorical presentation. We have a sense of being surrounded by injustice without knowing where justice lies. Human rights represent this denunciation of injustice and they remain necessarily and radically negative both in their essence and in their action. For a polity that protects human rights, injustice would be the attempt to crystallise and fix individual and group identities, to establish and police the boundaries of the social, to make it co-extensive and close it around some figure of authority or law. For a law that protects human rights, injustice would be to forget that humanity exists in the face of each person, in her uniqueness and unrepeated singularity and that human nature (the universal) is constituted in and through its transcendence by the most particular”. (Douzinas, 2010, p. 368).

Entretanto, basear totalmente a fundamentação de uma doutrina em sua autoridade moral gera uma inconstância que desmorona em face do ceticismo ou de oposição sistemática: os ideais de liberdade individual e igualdade, por exemplo, que são elementos centrais para a fundamentação da teoria de Direitos Humanos, podem ser, em face de diferentes tradições culturais e/ou religiosas, institucionalmente restringidos, e, dessa forma, tais restrições podem vir a sedimentar práticas constantes de severas violações aos direitos de muitos. Importa dizer, então, que a inabilidade no fornecimento de uma justificação clara quanto às razões de proteção e promoção dos Direitos Humanos irão, certamente, dar azo ao fortalecimento das violações. (Fagan, 2012, p. 9).

Diante dessa constatação, salientando a necessidade do esclarecimento e aclaramento de uma justificativa moral dos Direitos Humanos, o artigo tratará de demonstrar como a fundamentação crítica dos Direitos Humanos se desenvolveu no curso da História Ocidental e, assim, promoveu esta categoria especial de direitos, [...] *fundamentais para a existência e a coexistência humanas* (Annan, 1998), à condição de parâmetro, consoante a hipótese prevista no presente trabalho⁹, de uma teoria de justiça global: teoria esta que, com base nessa sorte de moralidade, i.e., uma moralidade baseada em Direitos Humanos, seja capaz de ser universalizada e de ser universalizável, para além do Ocidente.

A importância de se demonstrar tal fundamentação aumenta a cada dia, muito por causa da crescente importância dos Direitos Humanos, não mais por imposição religiosa ou como uma forma de ferramenta política, mas porque os direitos fundamentais servem atualmente como guias normativos e/ou aparelhos de comprometimento. (GEARTY, 2014, p. 26).

3 A fundamentação moral de uma filosofia dos Direitos Humanos

Historicamente, consoante indica Griffin (2008, p. 9), começou-se a utilizar o termo ‘Direitos Humanos’ no início do século XVIII, como em *droits de l’homme* – a fala anterior era no sentido de ‘direitos naturais’ -, porém, ampliou-se seu uso somente após a metade do século XX, com o término da Segunda Guerra Mundial: [...] *as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os*

⁹ Charles Beitz (2009, p. 1), corroborando a hipótese explicitada no presente artigo, indica: “Today, if the public discourse of peacetime global society can be said to have a common moral language, it is that of human rights”.

povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana. (Comparato, 1999, p. 200).

Nesse mesmo sentido, partindo do paradigma clássico *kantiano* acerca da fundamentação moral dos Direitos Humanos, indica Jürgen Habermas (2010) que os direitos básicos são desenvolvidos em resposta às violações à dignidade humana. Podem, nesse aspecto, serem consideradas especificidades desta, a qual constitui sua fonte moral. Ademais, para o filósofo alemão, os Direitos Humanos possuem uma dupla face de Janus: voltam-se, ao mesmo tempo, para a moralidade e para a lei. (Flynn, 2010, p. 432). *Por isso, Direitos Humanos circunscrevem precisamente aquela parte (e apenas aquela parte) da moralidade que pode ser traduzida no meio de lei coercitiva e se tornar realidade política na forma de direitos civis efetivos.* (Habermas, 2010, p. 470, tradução nossa).¹⁰ Nesse passo, a conciliação entre a moralidade e a lei é o meio pelo qual, afirma Habermas (2010, p. 479), a construção de ordens políticas justas pode ser alcançada.

Destarte, pode-se depreender que, da relação entre a moralidade e a legalidade para fins de assunção de direitos e de obtenção de ordem políticas justas, as reações em relação às severas violações de Direitos Humanos no período de 1939-1945 impulsionaram a elaboração de documentos internacionais com o objetivo de proteção e securitização dos direitos e garantias individuais e coletivas: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que serve como fundamento normativo dos Direitos Humanos em âmbito mundial, foi o grande instrumento decorrente dessa reação. A importância da Declaração é de tal forma influenciadora que, acerca do período, Michael J. Perry (2013, p. 775) indica que o que surgiu foi uma verdadeira moralidade global – *a morality of human rights*.¹¹

Nesse ponto do artigo, far-se-á um pequeno parêntese, de maneira a apresentar ao leitor uma posição contramajoritária, porém interessante e perfeitamente pertinente: destarte, ainda que seja uma posição isolada, Moyn (2010, p. 213) discorda da afirmação de Perry, ao indicar que o movimento internacional de Direitos Humanos se tornou tão significativo não porque oferecia uma doutrina baseada somente em direitos, tampouco por ter forjado uma verdadeira visão global pela primeira vez. O que garantiu a predominância dos Direitos Humanos em detrimento de outras teorias de moralidade foi sua neutralidade, sua

¹⁰ “Thus, human rights circumscribe precisely that part (and only that part) of morality which *can* be translated into the medium of coercive law and become political reality in the robust shape of effective civil rights”.¹⁰ (Habermas, 2010, p. 470).

¹¹ [...] uma moralidade de Direitos Humanos. (Perry, 2013, p. 775, tradução nossa).

distanciação da política. Afirmando que, apesar dos diferentes documentos surgidos após a Segunda Guerra Mundial para a proteção e salvaguarda dos Direitos Humanos, a discussão proveniente da retórica do pós-guerra fora negligenciada pela ONU em favorecimento de uma ampliação – não qualificação – da relevância da nação-estado no cenário mundial, sendo que os *novos* Direitos Humanos somente vieram a ser pensados, a partir da década de 1970, de maneira dispersa geograficamente, pelos diversos movimentos de cunho anticolonialista.¹² (Moyn, 2010, p. 212).

Classificando os Direitos Humanos como *utopia*, o autor indica que a neutralidade da teoria fez com que ela prosperasse ao mesmo tempo em que houve o declínio de outras *utopias*. Porém, em razão de seu desenvolvimento supra político e de sua resistência em relação a outras *utopias*, Moyn (2010, p. 214) indica que a teoria de Direitos Humanos foi compelida a abarcar também a teorização acerca da ideia de vida boa e os métodos para sua obtenção. Em razão da polarização mundial decorrente da Guerra Fria, tornou-se necessário a elaboração de uma visão programática para a teoria, com o comprometimento com agendas de defesa: não há dúvidas que, após a descolonização e o movimento de direitos civis terem terminado formalmente com o império e racismo, a linguagem dos Direitos Humanos forneceu uma potente arma antitotalitarista pela primeira vez. (Moyn, 2010, p. 217).

O surgimento da ‘promoção da democracia’ revelou que os Direitos Humanos teriam de incorporar compromissos políticos concretos e pensamentos sociais encorpados para serem significativos, e para enfrentar a vasta gama de problemas que exigia mais do que um conjunto de normas morais abstratas. A luta pura de moralidade teria que entrar no reino em que as visões políticas se confrontam, com suas duras escolhas, barganhas comprometedoras e as mãos sujas. (Moyn, 2010, p. 218, tradução nossa).¹³

Nesse sentido, impulsionada pela força que tomou a partir do discurso social ocidental, a *utopia* dos Direitos Humanos, auxiliada pelo colapso de outras estruturas

¹² Moyn (2010, p. 84 e ss) indica que o movimento anticolonialista não foi um movimento de Direitos Humanos, mas sim um movimento que, ao tratar dos direitos do homem, buscava a autodeterminação dos povos, liberação coletiva e, por fim, o desenvolvimento econômico. “If anticolonialism generally spurned human rights, one might say, it was because it was a rights of man movement, with all the prior fidelity to the state that concept implied in modern history. And, insofar as anticolonialism gazed beyond the state, it was in the name of alternative internationalisms, in a spirit very different from that of contemporary human rights. Those internationalisms incorporated subaltern national liberation, and focused not on classical liberties, or even ‘social rights’, but collective economic development”. (Moyn, 2010, p. 85-86). Por isso, trata os Direitos Humanos pensados a partir da década de 1970 como sendo Direitos Humanos *novos*.

¹³ “The emergence of ‘democracy promotion’ revealed that human rights would have to incorporate concrete policy commitments and fuller-bodied social thinking to be meaningful, and to address the wide range of problems that required more than a set of abstract moral norms. The pure struggle of morality would have to enter the realm where political visions clash, with its hard choices, compromising bargains, and dirty hands”. (Moyn, 2010, p. 218).

competidoras, viu-se como destinatária de preocupações políticas reformuladas dentro de um padrão novo – um padrão de Direitos Humanos. (Moyn, 2010, p. 223).

Acima de tudo, é fundamental conectar o surgimento dos Direitos Humanos à história do utopianismo – o desejo sincero de fazer do mundo um lugar melhor. Que é apenas uma forma de utopia, de fato uma que existe hoje porque transpassou a tempestade recente em que outros naufragaram, deveria estar claro agora. Mas nem toda era precisa ser tão antipática à utopia política como a recente em que os Direitos Humanos vieram à tona. E assim o programa de Direitos Humanos enfrenta uma escolha fatídica: ou expande seus horizontes de maneira a assumir o encargo de política mais honestamente, ou para dar lugar a outras e novas visões políticas e outras que ainda têm de ser plenamente delineadas. (Moyn, 2010, p. 225-226, tradução nossa).¹⁴

Moyn (2010, p. 225-226) chega, então, a uma conclusão bastante interessante: ele indica sobre a necessidade da teoria de Direitos Humanos se conceber como uma teoria política que precisa enfrentar os problemas de forma mais honesta, sob pena de, se não o fizer, ter que abrir espaço para outras formas de utopianismo, outras formas de melhorar o mundo. Fundamentando sua autoridade somente na moralidade, a versão utópica dos Direitos Humanos se transforma facilmente, indica Moyn (2010, p. 227), em um deslocamento da política em que os problemas se apresentam de forma menos controversa do que realmente são, como se a humanidade ainda não estivesse realmente confusa e dividida em relação a como garantir as liberdades individuais e coletivas em um mundo extremamente injusto.

'Direitos Humanos' significam uma explosiva variedade de esquemas políticos rivais, no entanto, eles ainda negociam na transcendência moral da política na qual sua descoberta original envolveu. E por isso não pode ser demasiado tarde para saber se o conceito de Direitos Humanos, e o movimento em torno dele, deve limitar-se a oferecer um mínimo de restrições sobre política responsável, não uma nova forma de máxima política de si própria. Se os Direitos Humanos chamarem a atenção para alguns dos valores fundamentais que exigem proteção, eles não podem ser todas as coisas para todas as pessoas. Dito de outra forma, a última utopia não pode ser uma questão moral. E se os Direitos Humanos merecem definir a utopia do futuro ainda está muito longe de ser decidido. (Moyn, 2010, p. 227, tradução nossa).¹⁵

¹⁴ “Above all, it is crucial to link the emergence of human rights to the history of utopianism – the heartfelt desire to make the world a better place. That it is only one form of utopianism, indeed one that exists today because it weathered the recent storm in which others were shipwrecked, ought to be clear by now. But not every age need be as unsympathetic to political utopia as the recent one in which human rights came to the fore. And so the program of human rights faces a fateful choice: whether to expand its horizons so as to take on the burden of politics more honestly, or to give way to new and other political visions that have yet to be fully outlined”. (Moyn, 2010, p. 225-226).

¹⁵ “If ‘human rights’ stand for an exploding variety of rival political schemes, however, they still trade on the moral transcendence of politics that their original breakthrough involved. And so it may not be too late to wonder whether the concept of human rights, and the movement around it, should restrict themselves to offering minimal constraints on responsible politics, not a new form of maximal politics of their own. If human rights call to mind a few core values that demand protection, they cannot be all things to all people. Put another

Destaca-se, nesse sentido, a posição do autor, que se mostra cético em relação à melhor maneira de se conceber um mundo melhor, ao indicar que, caso seja a teoria de Direitos Humanos a melhor maneira para a aferição de um mundo justo, que esta, ou qualquer outra teoria, não pode ser concebida exclusivamente de forma moral: precisa engajar-se politicamente, de maneira a resolver as contendas existentes no mundo.

Portanto, fechando o parêntese aberto com a teoria de Samuel Moyn acima, e continuando a exposição acerca da fundamentação moral dos Direitos Humanos, frisa-se que, por ser um conceito relativamente novo, o reconhecimento explícito dos direitos fundamentais do ser humano é ainda mais recente na sua forma positivada em constituições nacionais, cujas ramificações aumentam exponencialmente, [...] *já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos*. (Silva, 1993, p. 137).

Acerca das funções ética e simbólica dos Direitos Humanos, cumpre colacionar, abaixo, a posição de Douzinas (2010, p. 369, tradução nossa), a qual, apontando as diferenças entre a utilização legal e moral da teoria de Direitos Humanos, conclui pela sobreposição de uma cultura de Direitos Humanos que deve, necessariamente, encontrar-se acima da orientação legal:

Quando a lei tenta impedir a abertura do social e o conserto da identidade, os Direitos Humanos a denunciam por injustiça. Quando a lei esquece o sofrimento da pessoa que vem antes dela, em nome da coerência fundamentada e igualdade formal, os Direitos Humanos denunciam sua imoralidade. Justiça como Direitos Humanos não é crítica apenas de tentativas totalitárias ou ditatoriais para lhes negar; ainda mais importante é o seu desafio e a ultrapassagem dos limites de si e da lei. Sua importância simbólica é que eles inscrevem futuridadade na lei. A sua importância ética é a exigência de que cada pessoa seja tratada como uma única encarnação da humanidade e sua necessidade como a responsabilidade de me colocar primeiro e depois a lei. Preso entre o simbólico e o ético, paradoxalmente enredado na indeterminação do futuro e na concretude do presente, encontra-se a aporia pós-moderna da justiça. Os Direitos Humanos não podem triunfar; eles podem sofrer e até mesmo serem destruídos temporariamente. Mas sua vitória e sua justiça sempre estarão em um futuro aberto e em um fugaz, mas premente, presente. É neste sentido que os Direitos Humanos são o nosso princípio utópico: um princípio negativo que coloca a energia da liberdade a serviço de nossa responsabilidade ética para o outro.¹⁶

way, the last utopia cannot be a moral one. And so whether human rights deserve to define the utopianism of the future is still very far from being decided". (Moyn, 2010, p. 227).

¹⁶ "When the law attempts to halt the openness of the social and to fix identity, human rights denounce it for injustice. When the law forgets the suffering of the person who comes before it, in the name of reasoned consistency and formal equality, human rights denounce its immorality. Justice as human rights is not critical only of totalitarian or dictatorial attempts to deny them; even more important is their challenge and overtaking of the limits of self and law. Their symbolic importance is that they inscribe futurity in law. Their ethical importance is the demand that each person be treated as sole incarnation of humanity and her need as the responsibility of me first and then of the law. Caught between the symbolic and the ethical, paradoxically ensnared in the indeterminacy of the future and the concreteness of the present, lies the postmodern aporia of

Essa conquista de novos direitos, esse tratamento do indivíduo como a própria encarnação da humanidade e essa responsabilidade ética pelo outro resultam na tendência de fazer com que os Direitos Humanos se tornem expressão da *humanização do divino*, como aduz o filósofo e ex-ministro da Educação francês Luc Ferry (2007b, p. 55-91), com o exemplo da Declaração dos Direitos do Homem, na qual há, claramente, um *cristianismo secularizado*, i.e., uma retomada da ética cristã, sem que isso implique na obrigação de possuir crença em Deus.¹⁷ Alain Supiot (2007, p. 235) indica que a modificação encontrada no Homem dos Direitos Humanos acarretou uma mudança significativa na maneira com a qual o ser humano se vê no mundo: *Ser único, é incomparável a qualquer outro e constitui seu próprio fim para si mesmo. É um ser completo e insular, que transcende os grupos sociais diversos e variáveis dos quais participa*. Ferry (2007b, p. 93-139) também faz menção a essa *divinização do humano*, na qual o ser humano é posto acima da sociedade, das entidades estatais, do nacionalismo ou do sentimento revolucionário – apresenta-se, assim, a reviravolta: do holismo para o individualismo.¹⁸

[...] situa-se a virtude não mais na natureza, mas na liberdade, então todos os seres se equivalem, e a democracia se impõe. O individualismo é consequência desse raciocínio. Para os Antigos, o Todo, o *cosmos*, é infinitamente mais importante do que suas partes, do que os indivíduos que o compõem. É o que se chama de ‘holismo’ – que vem do grego *holos*, que quer dizer ‘tudo’. Para os Modernos, a relação se inverte: o Todo não tem mais nada de sagrado, já que para eles não existe *cosmos* divino e harmonioso no seio do qual seria necessário encontrar um lugar a se inserir. Apenas o indivíduo conta, de tal modo que, a rigor, uma desordem é melhor que uma injustiça. Não se tem mais o direito de sacrificar os indivíduos para proteger o Todo, pois o Todo não é nada mais do que a soma dos indivíduos, uma construção ideal na qual cada ser humano, porque é ‘um fim em si’, não pode mais ser tratado como um simples meio. (Ferry, 2007a, p. 156).

O individualismo, nesse sentido, fez perceber a importância do ser humano individual, aquela ideia de ‘fim em si’ *kantiano*.¹⁹ Entretanto, ampliando a visão

justice. Human rights can never triumph; they can suffer and even be temporarily destroyed. But their victory and their justice will always lie in an open future and in a fleeting, but pressing present. It is in this sense, that human rights are our utopian principle: a negative principle which places the energy of freedom in the service of our ethical responsibility for the other”. (Douzinas, 2010, p. 369).

¹⁷ Encontra-se aqui a influência da filosofia de Friedrich Nietzsche que, no século XIX, buscou enaltecer a figura do ser humano, visando, inclusive, superar as ideias cristãs e conceber o denominado *super-homem*. (Durant, 1996, p. 391).

¹⁸ Nesse ponto, interessante verificar Lemos; Pinto (2016).

¹⁹ Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant (2007) lança a base para seu princípio da dignidade humana. Ali, especificou a ideia do imperativo categórico: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. (Kant, 2007, p. 59). Nesse passo, a dignidade, na visão *kantiana*, tem por fundamento a autonomia, a vontade – “[...] seres humanos têm dignidade contanto tenham moralidade, qualquer que seja a realidade externa”. (Rosen, 2012, p. 25, tradução nossa).

individualista para uma em que se vive em sociedade²⁰, se admite a dignidade da pessoa humana como fundamento da visão contemporânea de Direitos Humanos, inaugurada após a Segunda Guerra Mundial, supondo-se o ser humano como um ser moral, possuidor de direitos a serem realizados em sociedade. (Barretto; Bragato, 2013, p. 254).

Contudo, atualmente, em razão da globalização e da maior interconectividade existente no mundo atual, ocorre o que Barretto (2002, p. 519) chamará de um quadro de distorções e violações da dignidade humana. Este quadro, continua o autor, [...] *somente poderá ser corrigido – e esta é a contribuição central de Kant para a reflexão contemporânea – por um direito também global, cosmopolita, e que afirme e garanta os valores constitutivos da dignidade humana*. Aqui, identifica-se, portanto, um dos princípios basilares de um direito global, cosmopolita: a proteção do princípio da dignidade humana e, em consequência, dos Direitos Humanos.

Assim, aprofundando acerca da fundamentação filosófica do conceito, Griffin (2008, p. 9) indica que, tanto o termo ‘Direitos Humanos’ quanto ‘direitos naturais’ emergem da mesma tradição contínua; possuem a mesma extensão, porém com intensões diversas. Thomas Pogge, como se vê no excerto abaixo, acredita que a noção de Direitos Humanos seja derivada – evoluiu – daquela ideia de direito natural.²¹ Trata-se de hipótese plausível, dado que há inúmeros filósofos-políticos ocidentais que formulam o conceito de direito dentro da moldura da teoria de direito natural. (Syse, 2005, p. 231).

A noção moral dos Direitos Humanos evoluiu de noções anteriores da lei natural e dos direitos naturais. Podemos começar a compreender e analisá-la examinando as continuidades e descontinuidades dessa evolução. Eu faço isso através das inconstantes restrições impostas, ideias sugeridas, e as possibilidades abertas e

²⁰ Cumpre, nesse sentido, apontar as colocações feitas por Dworkin (2013, p. 636), em que, arguindo acerca do que ele chama de *individualismo ético*, se pode, sem se afastar da dignidade em sentido *kantiano*, pensar o ser humano tanto como indivíduo quanto como ser social. Para tanto, aponta dois princípios: “O primeiro princípio afirma que é objetivamente importante que qualquer vida humana, depois de iniciada, tenha êxito, em vez de fracassar – que o potencial dessa vida se realize, em vez de desperdiçar-se -, e que isso é igual e objetivamente importante no caso de cada vida humana. Digo ‘objetivamente’ importante para salientar que o êxito da vida humana não é importante só para a própria pessoa ou para os que lhe são próximos. Todos temos motivo para nos preocupar com o destino de qualquer vida humana, mesmo que seja de um estranho, e de esperar que seja uma vida bem-sucedida. O segundo princípio reconhece essa importância objetiva, não obstante, insiste que essa pessoa – a pessoa em foco -, tem uma responsabilidade especial por todas as vidas, e que, devido a essa responsabilidade especial, ela tem o direito de tomar decisões fundamentais que definam, para ela, o que seria uma vida bem-sucedida”.

²¹ Moyn (2014, p. 210), por outro lado, indica que os direitos naturais e os Direitos Humanos são universalismos que possuem espíritos e consequências que competem entre si. “[...] contemporary human rights from their origins on have broken with the primary meanings of rights in modern times. In effect, natural rights and then the rights of man, with their statism and often nationalism, deserve to be compared with the human rights that succeeded and eventually displaced them. As much continuity as one might seek between them, they are competing and alternative universalisms in their spirit and consequences”.

fechadas pelos três conceitos ao invés das concepções particulares deles que foram efetivamente trabalhadas. (Pogge, 2002, p. 54, tradução nossa).²²

Antes, entretanto, de estabelecer as razões pelas quais houve a mudança na terminologia – de direito natural para Direitos Humanos -, faz-se uma ressalva: diferentemente do estabelecimento do lugar de fala da fundamentação moral dos Direitos Humanos, o qual é necessário para que se evite a ideologização dos direitos e sua transformação em instrumentos de opressão, consoante visto em Martínez (2013) acima, o conceito de Direitos Humanos não seria amplamente compartilhável se já não fosse destacado, ou, pelo menos destacável, de qualquer época, cultura, religião, tradição moral e filosofia – ou se sua compreensão e apreciação dependessem de capacidade intelectual inalcançável à maioria da população. Sua capacidade de ser compartilhada depende, portanto, de sua habilidade de se destacar de qualquer época, religião, cultura, tradição moral ou filosofia. (Pogge, 2002, p. 55).

Conforme se depreende do próprio termo, um Direito Humano é um direito, por óbvio, que decorre diretamente da condição humana. (Donnelly, 2013, p. 7). Não há novidade nesse sentido. Porém, é importante salientar que não há necessidade da positivação do direito para que haja sua existência. Consoante aduz Douzinas (2000, p. 344), os Direitos Humanos não *pertencem* apenas aos cidadãos de Estados que explicitamente, ainda que ineficazmente, os reconhecem. Após o triunfo ideológico e retórico de uma cultura dos Direitos Humanos, esses direitos pós-modernos definem a relação fluída entre os blocos de poder e as identidades contestadas de indivíduos e grupos. De uma maneira estranha, quase metafísica, Direitos Humanos *existem* mesmo quando não legislados. Tal fato, complementa o autor, representa tanto uma fraqueza momentânea de uma teoria dos Direitos Humanos quanto uma grande força:

A ausência de permissão legislativa, frequentemente a oposição do legislador para os novos pedidos, é a sua característica estrutural. Neste sentido, os Direitos Humanos têm uma certa independência em relação ao contexto de sua aparência. Procedimentos legais, tradições políticas e contingências históricas podem ser parte de sua constituição, mas os Direitos Humanos mantêm uma distância crítica da lei e alargam suas fronteiras e limites. Na verdade, sua natureza retórica, enunciação proclamatória e o desafio regular da lei estatal são aspectos de sua capacidade de transcender e redefinir os seus limites contextuais. Contextos jurídicos e sociais são parte da definição de direitos concretos; mas também é a

²² The moral notion of human rights has evolved from earlier notions of natural law and natural rights. We can begin to understand and analyze it by examining the continuities and discontinuities of this evolution. I do this by focusing on the shifting constraints imposed, ideas suggested, and possibilities opened and closed by the three concepts rather than on the particular conceptions of them that have actually been worked out. (Pogge, 2002, p. 54).

‘essência’ do direito de suspender qualquer referência aos caprichos do tempo e às exigências do lugar. (Douzinas, 2000, p. 344, tradução nossa).²³

Um dos problemas da fundamentação moral dos Direitos Humanos decorre justamente dessa, por vezes, inabilidade da teoria de se desvincular de certos paradigmas, ou elementos-chave – *caprichos do tempo e exigências de lugar* -, que não conseguem ser amplamente universalizáveis: além da problemática acerca de *quem* possui direitos, há também contendas acerca de *quais* direitos devem ser garantidos. (Fagan, 2012, p. 9-10). Barretto (2002, p. 500), nesse sentido, afirma que, como a expressão ‘Direitos Humanos’ se refere a diversas situações – situações sociais, políticas e culturais diferentes entre si, ou mesmo manifestações de emoção em relação à injustiça e violência que se testemunha -, há claras evidências de que, [...] *na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, sua prática*. Entretanto, indica o autor, pode-se dizer que há de haver consenso mormente em relação àqueles Direitos Humanos que não podem ser flexibilizados, para os quais apresenta rol exemplificativo:

Acima do direito à vida, pois todos os textos referidos admitem exceções da pena de morte e da legítima defesa, encontram-se os seguintes direitos absolutos: proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes, a proibição da escravidão e da servidão, e a proibição de obrigar alguém sem o seu consentimento a submeter-se a experiências médicas e científicas, e a obrigação de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada indivíduo.²⁴ (Barretto, 2002, p. 526).

Indica, assim, Barretto (2002, p. 512) que, apesar de não haver uma só fundamentação para a cultura de Direitos Humanos, há [...] *concordância em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais*. Os Direitos Humanos que não podem ser

²³ “The absence of legislative approval, often the legislator's opposition to the new claims, is their structural characteristic. In this sense, human rights have a certain independence in relation to the context of their appearance. Legal procedures, political traditions and historical contingencies may be part of their constitution, but human rights retain a critical distance from law and stretch its boundaries and limits. Indeed, their rhetorical nature, proclamatory enunciation and regular defiance of state law are aspects of their ability to transcend and redefine their contextual boundaries. Legal and social contexts are part of the definition of concrete rights; but it is also in the ‘essence’ of right to suspend any reference to the vagaries of time and the exigencies of place”. (Douzinas, 2000, p. 344).

²⁴ Em relação ao direito de não ser torturado como direito absoluto do ser humano, Dworkin (2011, p. 336-337) indica: “The right not to be tortured has long been thought the paradigm human right, first on everyone’s list. Offering inducements like a reduced sentence to an accused criminal in exchange for information, however objectionable it might seem on other grounds, leaves a prisoner’s ability intact to weigh costs and consequences. [...], torture is design to extinguish that power, to reduce its victim to an animal for whom decision is no longer possible. That is the most profound insult to his dignity [...]. It is the most profound outrage to his human rights”.

flexibilizados – e.g., proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes, a proibição da escravidão e da servidão, e a proibição de obrigar alguém a submeter-se a experiências médicas e científicas sem o devido consentimento, e a obrigação de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica do indivíduo – constituem, dessa forma, um núcleo de Direitos Humanos constituintes de um *mínimo denominador moral global*, dado que não há país ou cultura no mundo em que esses direitos poderiam ser, racionalmente, desprotegidos e abertos para violação.

Considerações finais

Os Direitos Humanos, em virtude de sua universalidade e indivisibilidade, ocupam uma posição singular dentro do campo dos direitos, sendo considerados direitos de categoria especial. Embora a denominação seja ampla e, por vezes, alvo de interpretações variadas, há um consenso emergente quanto à existência de um denominador moral mínimo que pode ser universalizado – sobretudo no sentido de que esse denominador mínimo encontra sua base nos Direitos Humanos.

No entanto, o grande desafio está em definir com precisão o que constitui esse denominador moral mínimo, que, por sua natureza, deve ser capaz de alcançar uma aceitação ampla e irrestrita por todas as culturas e tradições. Nesse contexto, o artigo conclui que os Direitos Humanos podem desempenhar o papel de parâmetro normativo para a aferição do que é justo em uma escala global. Como argumento, verifica-se que, tanto no plano nacional quanto no plano internacional, os Direitos Humanos exercem funções que transcendem aquelas inicialmente previstas – quais sejam, a proteção do indivíduo e a garantia de sua dignidade. Hoje, eles também desempenham papéis cruciais nas relações entre Estados, influenciando as dinâmicas do direito internacional, servindo de parâmetro, inclusive, para as complexas interações do mundo globalizado.

Diante desse cenário, o presente artigo, sob a fundamentação liberal individualista de ditos direitos, se debruçou sobre a problemática da identificação e definição de um denominador moral mínimo global, com o objetivo de responder à seguinte questão: é possível conceber um denominador moral mínimo que seja globalmente aceito, e, se sim, poderiam os Direitos Humanos ser caracterizados como esse denominador moral incontestável?

A partir de uma pesquisa bibliográfica aprofundada, fundamentada em pensadores de renome como Thomas Pogge, Rainer Forst, Charles Beitz e Gillian Brock, e sob a luz de uma fundamentação teórica baseada em uma perspectiva liberal individualista dos direitos fundamentais, o artigo conclui que há um núcleo de Direitos Humanos que se configura como imutável e inviolável. E esse núcleo, apesar das diversas investidas contrárias²⁵ e das nuances críticas levantadas, possui o potencial de se constituir como um denominador moral mínimo global. Assim, os Direitos Humanos, ao longo do tempo, têm se afirmado como um referencial ético e jurídico capaz de transcender fronteiras e servir de base para um entendimento compartilhado do que é justo e digno em nível global.

Referências

ANNAN, Kofi A. Prefácio. In: MOTA, Romany. (Org.). *50 anos da declaração universal dos Direitos Humanos (1948-1998)*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Comissão Nacional de Direitos Humanos, 1998. não paginado.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 499-530.

_____; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013. 332 p.

BEITZ, Charles R. Cosmopolitanism and global justice. In: BROCK, Gillian. MOELLENDORF, Darrel. (Org.). *Current debates on global justice*. Dordrecht: Springer, 2005. p. 11-27.

_____. *Political theory and international relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999. 248 p.

_____. Rawls's law of peoples. *Ethics*, [S.l.], v. 110, n. 4, p. 669-696, 2000. Disponível em: <http://tinyurl.com/qagtwoo>. Acesso em: 7 jul. 2015.

_____. *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 235 p.

_____; GOODIN, Robert E. (Org.). *Global basic rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 256 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGATO, Fernanda. Os direitos humanos como critério de justiça nas sociedades

²⁵ Vide a proibição à tortura e a relativização ao conceito de tortura existente na era George W. Bush (2001-1999) nos Estados Unidos da América. Para uma contextualização do tema, vide Ohlin (2015).

plurais. *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 82, p. 119-137, 2010.

BROCK, Gillian. Global justice. In: ZALTA, Edward. (Org.). *Stanford encyclopedia of philosophy*. Stanford, Mar. 06 2015. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/justice-global/>. Acesso em: 17 maio 2015.

_____. *Global justice: a cosmopolitan account*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 366 p.

_____; BENATAR, Solomon. (Org.). *Global health and global health ethics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011. 342 p.

_____; BLAKE, Michael. *Debating brain drain: may governments restrict emigration?* New York: Oxford University Press, 2015. 304 p.

_____; BRIGHOUSE, Harry. (Org.). *The political philosophy of cosmopolitanism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005. 262 p.

_____; MOELLENDORF, Darrel. (Org.). *Current debates on global justice*. Dordrecht: Springer, 2005. 306 p.

BUCHANAN, Allen. *The heart of human rights*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____; GOLOVE, David. Philosophy of international law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Org.). *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 868-934.

COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2013. 320 p.

DOUZINAS, Costas. *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hart Publishing, 2000. 410 p.

_____; GEARTY, Conor. (Org.). *The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014. 328 p.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. 506 p.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. 568 p.

_____. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2014. 513 p.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 593 p.

FAGAN, Andrew. Philosophical foundations of human rights. *In*: CUSHMAN, Thomas. (Org.). *Handbook of Human Rights*. London: Routledge, 2012. p. 9-22.

FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007a.

_____. *O homem Deus – ou o sentido da vida*. Rio de Janeiro: Difel, 2007b.

FLYNN, Jeffrey. Habermas on human rights: law, morality and intercultural dialogue. *Social Theory and Practice*, [S.l.], v. 29, n. 3, p. 431-457, 2003. Disponível em: <http://tinyurl.com/nsg72uv>. Acesso em: 12 out. 2015.

FORST, Rainer. *Contexts of justice: political philosophy beyond liberalism and communitarianism*. Berkeley: University of California Press, 2002. 346 p.

_____. Justice, morality and power in the global context. *In*: POGGE, Thomas. FOLLESDAL, Andreas. (Org.). *Real world justice: grounds, principles, human rights and social institutions*. Dordrecht: Springer, 2005. p. 27-36.

_____. *Justification and critique: towards a critical theory of politics*. Cambridge: Polity, 2014. 216 p.

_____. *The right to justification: elements of a constructivism theory of justice*. New York: Columbia University Press, 2012. 351 p.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. 261 p.

GEARTY, Conor. Human rights: the necessary quest for foundations. *In*: DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor. (Org.). *The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 21-38.

GRIFFIN, James. *On human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008. 339 p.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p.

_____. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, Oxford, vol. 41, n. 4, p. 464-480, 2010. Disponível em: <http://tinyurl.com/ocvo5jm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998. 181 p.

JAGAR, Alisson. (Org.). *Thomas Pogge and his critics*. Cambridge, UK: Polity, 2010. 272 p.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2011. 96 p.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. 501 p.

KELLY, Erin. Editor's foreword. In: RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. p. xi-xii.

LEMOS, Fabrício José Rodrigues; BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, p. 1815-1826, 2015. Disponível em: <http://tinyurl.com/hjl6bl6>. Acesso em: 29 dez. 2015.

LEMOS, Fabrício José Rodrigues; PINTO, Gerson Neves. Uma abordagem compreensiva do individualismo. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 01, p. 288-308, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycl34tmg>. Acesso em: 17 set. 2018.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México: Itaca, 2013. p. 29-66.

MILLER, David. *Principles of social justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. 337 p.

MOYN, Samuel. *The last utopia: human rights in history*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010. 357 p.

_____. Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights. In: DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor. (Org.). *The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 193-211.

NAGEL, Thomas. The problem of global justice. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 33, n. 2, p. 113-147, 2005. Disponível em: <http://tinyurl.com/ond56ad>. Acesso em: 14 jun. 2015.

OHLIN, Jens David. *The assault on International Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015. 304 p.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <http://tinyurl.com/kx3rtad>. Acesso em: 12 jul. 2015.

PERRY, Michael J. The morality of human rights. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 50, n. 775, p. 775-812, 2013. Disponível em: <http://tinyurl.com/o2qwjhp>. Acesso em: 05 set. 2015.

POGGE, Thomas. (Org.). *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor*. New York: Oxford University Press, 2007a. 406 p.

POGGE, Thomas. An egalitarian law of peoples. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 23, n. 3, p. 195-224, 1994. Disponível em: <http://tinyurl.com/nezgzzm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. “Assisting the global poor”. In: CHATTERJEE, Deen K. *The ethics of assistance: morality and the distant needy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004a. Disponível em: <http://tinyurl.com/zzsudzo>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. Do Rawls’s two theories of justice fit together? In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (Org.). *Rawls’s law of peoples: a realistic utopia*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 206-225.

_____. *Ending poverty*. 2012a. 1 post (20 min 46 s). Postado em: 2012. Disponível em: <http://tinyurl.com/grcbatc>. Acesso em: 23 jan. 2015.

_____. *John Rawls: His life and theory of justice*. New York: Oxford University Press, 2007b. 228 p.

_____. *Politics as usual: what lies behind the pro-poor rhetoric*. Sttaford: Polity, 2010. 224 p.

_____. Priorities of global justice. *Metaphilosophy*, [S.I.], v. 32, n. 1/2, p. 6-24, 2001. Disponível em: <http://tinyurl.com/qe8628y>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989. 296 p.

_____. Real world justice. In: BROCK, Gillian; MOELLENDORF, Darrel. (Org.). *Current debates on global justice*. Dordrecht: Springer, 2005b. p. 29-53.

_____. The incoherence between Rawls’s theories of justice. *Fordham Law Review*, [S.I.], 72, 2004b. p. 1739-1759. Disponível em: <http://tinyurl.com/h57akll>. Acesso em: 29 dez. 2015.

_____. The international significance of human rights. *The Journal of Ethics*, [S.I.], 4, n. 1/2, 2000. p. 45-69. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25115635>. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. World poverty and human rights. *Ethics & International Affairs*, [S.I.], 19, n. 1, 2005a. p. 1-7. Disponível em: <http://tinyurl.com/qanu4zz>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *World poverty and human rights: cosmopolitan responsibilities and reforms*. Cambridge: Polity, 2002. 284 p.

RAWLS, John. *A theory of justice*: revised edition. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999a. 539 p.

_____. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001a. 259 p.

_____. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

_____. *Law of peoples and the idea of public reason revisited*. Cambridge: Harvard University Press, 1999b. 207 p.

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001b. 214 p.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

_____. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 764 p.

_____. The idea of an overlapping consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 07, n. 1, p. 1-25, 1987. Disponível em: <http://tinyurl.com/nbxedpf>. Acesso em: 24 dez. 2015.

_____. FREEMAN, Samuel. (Ed.). *Collected papers*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999. 656 p.

ROSEN, Michael. *Dignity: its history and meaning*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SYSE, Henrik. From Natural Law to Human Rights – some reflections on Thomas Pogge and Global Justice. In: POGGE, Thomas. FOLLESDAL, Andreas. (Org.). *Real world justice: grounds, principles, human rights and social institutions*. Dordrecht: Springer, 2005. p. 229-238.

TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 11/01/2024

Aprovado em 31/08/2024

Publicado em 29/12/2024

Mulheres aprisionadas: o cômputo em dobro do prazo de privação de liberdade como uma garantia da dignidade humana em um contexto de violação de direitos

Imprisoned women: double the period of deprivation of liberty as a guarantee of human dignity in a context of rights violations

Augusto César Leite de Resende²⁶

<https://orcid.org/0000-0003-1719-8685>

augusto.leite@souunit.com.br

Hemilly Gabriellen Santana Santos²⁷

<https://orcid.org/0000-0003-0395-059X>

mestrado_hemilly@souunit.com.br

Resumo

O presente artigo se dedicou a analisar a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do cômputo em dobro do prazo de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais que atentam contra a dignidade da pessoa humana, tendo como foco as problemáticas do gênero feminino. Portanto, fez-se necessário examinar os tratados internacionais que versam sobre o tratamento de pessoas presas e estabelecem normas visando a não-discriminação. Além disso, buscou-se averiguar a figura do estado de coisas inconstitucional do cárcere brasileiro. O estudo concluiu que apesar da determinação ser direcionada a estabelecimentos prisionais específicos, a medida pode ser ampliada para outros casos, diante do comprometimento em assegurar os direitos humanos. Metodologicamente, empregou-se a pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional do cárcere; mulheres encarceradas; princípio da não-discriminação; violação de direitos humanos.

Abstract

²⁶ Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos (Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos – Universidade de Coimbra). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Sergipe. Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. É ainda professor titular de Direitos Humanos e Fundamentais do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes.

²⁷ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Bolsista. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Membro do Grupo de Pesquisa Execução Penal.

This article is dedicated to analyzing the ruling of the Inter-American Court of Human Rights regarding the double calculation of prison sentences served in facilities that violate human dignity, with a focus on the issues affecting women. Therefore, it was necessary to examine international treaties addressing the treatment of prisoners and establishing non-discrimination standards. Furthermore, the study sought to investigate the concept of the unconstitutional state of affairs in Brazilian prisons. The study concluded that, although the ruling is directed at specific prison establishments, the measure could be extended to other cases, given the commitment to protecting human rights. Methodologically, qualitative, bibliographic, and documentary research was employed.

Keywords: *unconstitutional state of affairs in prison; incarcerated women; principle of non-discrimination; violation of human rights.*

1 Introdução

Os países da América Latina possuem demandas semelhantes em relação à proteção dos direitos fundamentais, de modo que os julgamentos de uma Corte Constitucional podem servir de inspiração para outras. A título de exemplificação, destaca-se o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, promovido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, inspirado em decisão da Corte Constitucional Colombiana.

Assim como na Colômbia, verifica-se que o cotidiano do cárcere brasileiro é marcado por sistemáticas violações de direitos humanos, ocasionadas, entre outros fatores, pela negligência dos Poderes estatais, sejam eles o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Embora essa realidade traga consequências para todas as pessoas submetidas aos estabelecimentos prisionais do Brasil, é imprescindível que se dê maior atenção às categorias vulneráveis, tendo em vista que essas podem acarretar um agravamento desse descumprimento dos direitos humanos.

O presente artigo tem como foco a questão de gênero, partindo da premissa de que o Brasil se comprometeu, por intermédio dos tratados de direitos humanos dos quais é signatário, como as Regras de Mandela e as Regras de Bangkok, a dar tratamento digno às pessoas encarceradas, principalmente atendendo às suas necessidades específicas, com fulcro no princípio da não discriminação. Assim, o fato de ser mulher não pode ocasionar maiores danos no contexto prisional. No entanto, as experiências vivenciadas pelas detentas revelam a inobservância das particularidades de gênero, demonstrando a disparidade entre os documentos internacionais e nacionais, como a Lei de Execução Penal, e a realidade.

O objetivo principal desta pesquisa é analisar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que determina o cômputo em dobro do tempo de cumprimento de pena em casos de encarceramento desumano, com ênfase nas questões de gênero. Assim, o estudo examina como essa medida pode ser aplicada especificamente às mulheres presas, levando em conta as vulnerabilidades e particularidades que enfrentam no sistema prisional, bem como o potencial agravamento da violação de seus direitos fundamentais nessas condições.

Os objetivos específicos da pesquisa são: a) analisar as Regras de Bangkok e as Regras de Mandela, destacando os direitos voltados especificamente para as mulheres, com o objetivo de garantir a atenção às especificidades de gênero e, assim, prevenir violações de direitos humanos; b) examinar o contexto do sistema prisional brasileiro que levou ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; e c) compreender as medidas adotadas pelo Brasil para assegurar a dignidade das mulheres encarceradas, com base no princípio da não discriminação.

Para o desenvolvimento metodológico, adotou-se uma abordagem qualitativa, com a realização de pesquisa bibliográfica. Além disso, foi utilizada a pesquisa documental para compreender os documentos internacionais de direitos humanos relacionados ao tratamento de pessoas em estabelecimentos prisionais. Isso incluiu a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 e das Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que tratam sobre o cômputo em dobro do tempo de cumprimento de pena em casos de graves violações de direitos humanos no âmbito do cárcere.

Por fim, a justificativa deste estudo reside na necessidade de evidenciar o impacto positivo da internacionalização dos direitos humanos na proteção de grupos vulneráveis, com foco, neste trabalho, nas mulheres privadas de liberdade. Embora seja evidente a ocorrência de graves violações de direitos fundamentais, é importante ressaltar que medidas imediatas podem ser implementadas para garantir a efetivação dos direitos estabelecidos, a exemplo do cômputo em dobro do cumprimento de pena.

2 Princípio da não-discriminação nos tratados internacionais de direitos humanos: um olhar especial para as particularidades de gênero

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu como resultado do pós-guerra, em resposta às graves violações cometidas durante o nazismo, tendo

como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948. Conforme Piovesan (2013), a lógica da destruição tornava os seres humanos descartáveis; assim, a Segunda Guerra Mundial não apenas representou um período de ruptura com os direitos humanos, mas também evidenciou a necessidade de reconstruí-los no pós-guerra. Nesse contexto, tornou-se claro que, para garantir uma proteção efetiva dos direitos humanos, é fundamental haver uma contribuição no âmbito internacional.

Nessa perspectiva, assim como as atrocidades cometidas durante o nazismo motivaram a proteção internacional dos direitos humanos por meio da elaboração de documentos reconhecidos mundialmente, as violações de direitos no sistema prisional global também exigiram a criação de normas específicas para assegurar os direitos das pessoas privadas de liberdade. Isso se deve ao fato de que a privação da liberdade em decorrência de um crime não implica na suspensão de outros direitos humanos, como o direito à alimentação, à saúde, à igualdade, entre outros que estão relacionados à dignidade humana. Pelo contrário, esses direitos devem ser amplamente garantidos.

Acerca disso, em 1955, os países membros da Organização das Nações Unidas elaboraram um documento intitulado “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, que estabelece preceitos mínimos, reconhecidos mundialmente, com a intenção de promover o tratamento adequado das pessoas submetidas a estabelecimentos prisionais. No entanto, considerando as mudanças nos índices de encarceramento e a compreensão de que, devido ao lapso temporal, o documento internacional já não se adequava às peculiaridades existentes, em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas revisaram o texto, renomeando-o como “Regras de Mandela”, que incorporam novas doutrinas de direitos humanos a serem utilizadas como base para a reestruturação do atual modelo de sistema penal (Brasil, 2016a).

As Regras de Mandela foram elaboradas com a devida consideração aos instrumentos internacionais vigentes no Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Essas regras têm como objetivo assegurar a dignidade e o respeito não apenas às pessoas privadas de liberdade, mas também a seus familiares (Fariello, 2016). Conforme Ricardo Lewandowski, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016a), a atualização das Regras forneceu orientações contemporâneas, possibilitando o enfrentamento da negligência estatal e valorizando a dignidade dos presos, de modo a proibir qualquer forma de tratamento ou castigo degradante ou desumano.

Salienta-se que a atualização das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos teve como objetivo dar maior atenção a grupos vulneráveis, como as mulheres em privação de liberdade, reconhecendo que o sistema prisional se torna ainda mais hostil em determinados contextos, como na experiência da maternidade. Assim, proibiu-se o uso de instrumentos de restrição, como algemas, em mulheres durante o trabalho de parto e imediatamente após o parto (Regra 48.2). Além disso, a revista íntima em crianças foi abolida, e, em relação aos adultos, embora ainda seja permitida, deve ser evitada sempre que possível (Regra 60.2) (Brasil, 2016a).

Entre os diversos princípios presentes no documento internacional, destaca-se o da não discriminação, que estabelece que as Regras de Mandela devem ser aplicadas de forma imparcial, pois as administrações prisionais são obrigadas a assegurar os direitos de todos os presos, sendo proibida qualquer forma de discriminação com base em raça, cor, gênero, idioma, religião, opiniões, preceitos morais, entre outros fatores. Assim, é fundamental que as particularidades dos presos sejam consideradas, especialmente no caso daqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade (Brasil, 2016a).

Com base nesse princípio, é fundamental que os aspectos específicos relacionados ao gênero sejam considerados no sistema prisional, visando, de fato, amparar as mulheres, de modo que suas particularidades não resultem em consequências negativas devido à falta de observância. Assim, é necessário prestar atenção tanto à estrutura dos estabelecimentos quanto à formação do corpo de funcionários, a fim de garantir uma assistência efetiva durante a gravidez, considerando a vulnerabilidade que caracteriza esse grupo. Nesse contexto e com foco na não discriminação, outro documento de relevância são as Regras de Bangkok.

Aprovadas em 2010 na Assembleia Geral das Nações Unidas, as Regras de Bangkok foram publicadas oficialmente em português em 2016, no Dia Internacional da Mulher, com o objetivo de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade no Brasil. Isso se deve ao fato de que o país, conforme levantamento realizado pelo *World Female Imprisonment List*, possui a terceira maior população feminina encarcerada no mundo (Carneiro, 2022), principalmente em decorrência do tráfico de entorpecentes ilícitos, seguido por crimes patrimoniais (Brasil, 2019).

A elaboração desse documento específico para as pessoas do gênero feminino presentes no sistema prisional foi necessária em virtude de complementar os tratados internacionais anteriormente existentes, pois apesar de terem a intenção de proteger os

direitos fundamentais de todas as pessoas encarceradas, esse olhar abrangente dificulta analisar de maneira precisa as especificidades relacionadas ao gênero. Isso, inclusive, tendo sido afirmado nas observações preliminares das Regras de Bangkok:

As regras mínimas para o tratamento de reclusos se aplicam a todos as pessoas sem discriminação; portanto, as necessidades e realidades específicas dessa população, incluindo mulheres presas, devem ser tomadas em consideração na sua aplicação. As Regras, adotadas há mais de 50 anos, *não projetavam, contudo, atenção suficiente às necessidades específicas das mulheres*. Com o aumento da população presa feminina ao redor do mundo, a necessidade de trazer mais clareza às considerações que devem ser aplicadas no tratamento de mulheres presas adquiriu importância e urgência (Brasil, 2016b) (grifo nosso).

Portanto, as Regras de Bangkok fundamentam-se na consciência de que muitas instalações penitenciárias foram construídas, principalmente, para abrigar homens, desconsiderando o crescimento significativo da população feminina encarcerada ao longo dos anos. Além de que reconhecem que uma parcela considerável das mulheres aprisionadas não representa risco à sociedade, pois não cometeu crimes com uso de violência ou grave ameaça e que o encarceramento pode, por sua vez, dificultar a reinserção social (Brasil, 2016b).

Diante do exposto, é importante destacar algumas das regras estabelecidas. Considerando que uma das principais peculiaridades relacionadas ao gênero feminino é a maternidade, conforme o tratado internacional (Brasil, 2016b), ao ingressar em um estabelecimento prisional, as mulheres têm o direito de tomar as providências necessárias em relação às crianças sob sua responsabilidade. Isso inclui a possibilidade de suspensão, por um período razoável, da medida privativa de liberdade, levando em conta o melhor interesse das crianças (Regra 3.1). Ademais, não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem àquelas com filhos ou em período de amamentação (Regra 22) e as sanções disciplinares não devem incluir a proibição de contato com a família, especialmente com crianças (Regra 23).

É estabelecido também que, nas prisões, devem ser oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças, a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais (Regra 42.2). No que diz respeito ao direito constitucional à alimentação, é obrigatório que mulheres gestantes ou lactantes recebam orientação sobre dieta e saúde, dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional de saúde qualificado. Além disso, é imprescindível que sejam fornecidas, gratuitamente, alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças (Regra 48.1) (Brasil, 2016b).

Considerando o objetivo das Regras de Bangkok de privilegiar penas não privativas de liberdade, estas deverão ser preferidas em relação às gestantes e mulheres com filhos ou filhas dependentes sempre que possível. A pena de prisão deve ser considerada apenas nos casos em que o crime seja grave ou violento, ou quando a mulher represente uma ameaça contínua, sempre resguardando o melhor interesse do(s) filho(s) e assegurando as providências adequadas para seu cuidado (Regra 64) (Brasil, 2016b).

Indo além das questões relacionadas à maternidade, as mulheres apresentam outras peculiaridades, como o ciclo menstrual, que demandam uma atenção especial em relação à higiene. Assim, os estabelecimentos prisionais que acolhem mulheres devem contar com instalações e materiais adequados para atender às necessidades específicas de higiene, incluindo a disponibilização de absorventes higiênicos gratuitos (Regra 5). Acerca do atendimento médico, caso a mulher presa solicite ser examinada ou tratada por uma profissional de saúde do gênero feminino, esse pedido deve ser atendido, exceto nas situações de intervenção médica urgente. Se o exame for conduzido por um médico, contra a vontade da mulher presa, é imprescindível que uma funcionária esteja presente durante a consulta (Regra 10.2) (Brasil, 2016b).

Sobre as revistas pessoais, estas devem ser realizadas de forma a garantir a dignidade e o respeito das detentas, sendo conduzidas exclusivamente por funcionárias devidamente treinadas em métodos apropriados (Regra 19). Quanto às relações sociais, é fundamental que as mulheres sejam consultadas sobre quem pode visitá-las, incluindo seus familiares, considerando o histórico de mulheres aprisionadas que foram vítimas de violência doméstica (Regra 44) (Brasil, 2016b).

À luz do que foi discutido sobre os tratados internacionais incorporados pelo Brasil, é evidente que o arcabouço normativo é composto por documentos que visam assegurar os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Contudo, mais importante do que a mera existência de direitos em um plano formal é a efetivação de práticas que reconheçam a humanidade desses indivíduos, independentemente do tipo penal que tenham praticado.

Além disso, para que as regras sejam efetivamente aplicadas e beneficiem os grupos vulneráveis, especialmente as mulheres, é imprescindível analisar o contexto prisional brasileiro, levando em consideração as massivas violações de direitos fundamentais decorrentes do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. Dessa forma, será possível adotar medidas efetivas para garantir a dignidade humana, mesmo diante das limitações existentes.

3 Diálogo entre a Corte Constitucional Colombiana e o Supremo Tribunal Federal: o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro

Durante as reformas constitucionais realizadas em diversos países da América Latina, entre os anos de 1980 e 1990, buscou-se fortalecer a democracia em resposta aos regimes autoritários que predominavam na época. Assim, muitos países institucionalizaram em suas constituições uma ampla lista de direitos fundamentais e sociais, além de fortalecer seus órgãos guardiões (Lage; Brugger, 2017). Logo, os Estados modernos passaram a admitir, de maneira excepcional, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, com o objetivo de estimular os atores políticos a elaborarem medidas que visem ao fim das violações sistemáticas de direitos humanos, além de supervisionar a efetiva implementação das ações desenvolvidas pelo governo (Neri, 2018).

Esse fenômeno ocorreu porque, enquanto as Cortes de países europeus se destacam pela proteção e afirmação dos direitos de liberdade e políticos, as Cortes do denominado “Sul Global” são historicamente caracterizadas por uma extensa lista de direitos sociais positivados em suas constituições. Assim, é imprescindível alcançar novos panoramas e abordagens no âmbito do controle constitucional (Lage; Brugger, 2017). Contudo, a inércia do Poder Legislativo em concretizar os direitos humanos estabelecidos nos diversos documentos resultou em consequências graves em vários países, levando a uma violação massiva e contínua desses direitos. Um exemplo é a Colômbia, onde a Corte Constitucional reconheceu a existência de um fenômeno denominado “estado de coisas inconstitucional.”

A inovação colombiana inspirou o Brasil, que, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e com pedido de medida liminar, passou a discutir o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” no contexto do sistema penitenciário. Essa discussão visa a adoção de providências estruturais em resposta às violações dos direitos fundamentais dos presos, decorrentes da negligência dos Poderes Públicos.

A ADPF em questão declarou que as condições degradantes do sistema prisional configuram um cenário incompatível com a Constituição Federal, uma vez que ofendem diversos preceitos fundamentais. Dentre esses preceitos, destacam-se: o princípio da dignidade da pessoa humana; a proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante; a vedação à aplicação de penas cruéis; o dever estatal de assegurar o

cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com as peculiaridades de cada indivíduo; a proteção dos presos em relação à sua integridade física e moral; além dos direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência, assistência social e assistência judiciária (Brasil, 2015).

Não apenas a Constituição Federal é afrontada pelo cotidiano carcerário, mas também normas de âmbito internacional, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, há transgressões à legislação interna, como a Lei de Execução Penal. A respeito das situações alarmantes vivenciadas no sistema prisional, evidenciam-se a superlotação e insalubridade das celas, a violação da integridade física dos detentos, a proliferação de doenças infectocontagiosas, a qualidade inadequada da alimentação, as temperaturas extremas, a falta de água potável e de produtos de higiene básicos, a ausência de assistência judiciária adequada e a dominação das instituições prisionais por facções criminosas (Brasil, 2015).

Para analisar a problemática mencionada sob uma perspectiva de gênero, é necessário destacar que, além das violações de direitos humanos que afetam indiscriminadamente os indivíduos encarcerados, existem também aquelas que impactam especificamente as mulheres. Essa situação contrasta com o princípio da não discriminação, internalizado no Brasil por meio das Regras de Mandela e das Regras de Bangkok, e é ainda mais acentuada pelo estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

O direito à alimentação e à saúde estão intimamente relacionados, e ambos são violados em decorrência do fenômeno inconstitucional. Para as mulheres, especialmente no que diz respeito à maternidade, essa violação assume contornos ainda mais cruéis, uma vez que os prejuízos vão além da presa, acarretando consequências severas para o feto. A nutrição materna inadequada pode resultar em desenvolvimento fetal deficiente, deslocamento prematuro da placenta, prematuridade, defeitos no tubo neural, além de condições como anemias, hipertensão gestacional e até mesmo mortalidade materna e fetal (Brognoli; Neme; Passoni, 2010). Por isso, merece alerta o fato de que durante visita à Penitenciária Feminina do Distrito Federal, a equipe do Conselho Nacional de Justiça ouviu relatos de detentas que denunciavam o descaso com a qualidade da alimentação. Observou-se a falta de fiscalização sobre a dieta destinada às lactantes, bebês e grávidas, além de serem constatados problemas como sopas gordurosas e salgadas e marmitas estragadas (Bandeira, 2018).

Deve-se mencionar também que uma pesquisa financiada pela Fundação Oswaldo Cruz e pelo Ministério da Saúde, intitulada “Saúde materno-infantil nas prisões”, revelou, por meio dos relatos das detentas, a ocorrência de violência física e psicológica durante o parto, tanto por parte dos profissionais de saúde quanto dos agentes penitenciários. Entre as situações, destacam-se: o uso de algemas em diferentes momentos da internação ou durante o parto; a ausência de acompanhante escolhido pela mulher; o baixo índice de visitação de familiares nos hospitais, resultante da falta de comunicação sobre o momento do parto; e o transporte de grávidas para o hospital em viaturas policiais. Esses casos evidenciam a violência obstétrica enfrentada pelas mulheres privadas de liberdade (Leal *et al.*, 2016).

A pobreza menstrual também se manifesta no contexto carcerário, evidenciando que a negligência estatal em relação à higiene das pessoas submetidas à prisão pode afetar de maneira ainda mais severa as mulheres. Relatos de detentas sobre as condições precárias enfrentadas durante o ciclo menstrual foram divulgados pelo jornal “Folha de São Paulo”. Uma das detentas entrevistadas, que optou por manter seu nome em sigilo, percebeu que estava menstruada assim que foi presa no 89º Distrito Policial de São Paulo. Apesar de ter solicitado absorventes a um agente, o local não dispunha do item, levando-a a pegar emprestada uma calcinha usada por uma companheira da cela ao lado. Em seguida, foi transferida para o Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha, onde precisou usar a mesma roupa íntima por 90 dias (Damasceno; Menon; Xavier, 2022). Da mesma forma, há relatos de detentas que, devido à falta de absorventes, se veem obrigadas a improvisar, chegando a utilizar miolo de pão como absorvente interno (Paolieri; Machado, 2015).

Como muito bem esclarecido na ADPF pelos seus requerentes, a responsabilidade pelas inconstitucionalidades no sistema prisional é compartilhada por todos os Poderes e entes federativos. É importante ressaltar que os problemas não se restringem apenas à aplicação das leis, mas também se estendem à formulação e implementação de políticas públicas (Brasil, 2015).

Assim, reconhecendo os apontamentos, o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2023, declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, firmando como tese de julgamento que, para alcançar uma solução para essa realidade de violações massivas de direitos fundamentais, é indispensável a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e da comunidade. Ademais, estabeleceu a obrigação da União, dos Estados e do Distrito Federal de elaborarem planos voltados para o controle da superpopulação carcerária, determinando que o Conselho Nacional de Justiça realize estudos

e regulamente a criação de um número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Reconhecer as violações massivas de direitos humanos no sistema carcerário demonstra a preocupação do Poder Judiciário em buscar caminhos para alterar esse cenário por meio de uma atuação conjunta com os demais Poderes, assegurando que os direitos das pessoas aprisionadas sejam garantidos de maneira efetiva. Ao considerar a semelhança entre o Brasil e outros países no que diz respeito ao descumprimento de direitos, a decisão do Supremo Tribunal Federal ressalta a importância de levar em conta os julgamentos provenientes da América Latina, com o intuito de incorporar ideias inovadoras e estabelecer propostas que possam ser implementadas.

Apesar de a decisão ser recente e ainda não ser possível verificar seus desdobramentos, a figura do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro tem sido debatida há um longo período. Esse tema despertou a atenção de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem determinado ações imediatas com o objetivo de mitigar as condições adversas do cotidiano carcerário, como a contagem em dobro do prazo de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais que desrespeitam os direitos fundamentais dos presos. Portanto, torna-se necessário examinar a decisão e avaliar se essa medida pode ser ampliada para outros casos, especialmente quando as inobservâncias das peculiaridades femininas acarretam prejuízos para as mulheres privadas de liberdade.

4 Possibilidade de abrangência da determinação do cômputo em dobro do prazo de cumprimento de pena: um olhar humanitário do Poder Judiciário para as violações de direitos humanos das mulheres privadas de liberdade

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) emitiu uma resolução, em 2017, com diversas determinações ao Brasil, visando à adoção de medidas para a proteção da vida e da integridade pessoal dos indivíduos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), localizado no Rio de Janeiro. Além disso, destacou a necessidade de elaborar um Diagnóstico Técnico e um Plano de Contingência, voltados para a reforma estrutural e a redução da superpopulação e superlotação no IPPSC.

Posteriormente, em uma nova resolução, reconheceu os esforços do Estado, mas destacou que, embora medidas provisórias tivessem sido determinadas, a situação dos beneficiários continuava a ser preocupante, indicando que mudanças estruturais urgentes

eram indispensáveis. As principais preocupações, detalhadas de maneira específica no documento, abrangiam as seguintes temáticas: mortes recentes, infraestrutura e a situação de superlotação.

Nessa perspectiva, a Corte IDH expressou preocupação com o elevado número de óbitos de internos no IPPSC e com a ausência de informações precisas sobre as causas das mortes, evidenciando a negligência estatal. A Corte constatou, ainda, a inexistência de alas separadas para pessoas idosas e LGBTI, bem como a falta de um plano de prevenção e combate a incêndios. Considerou alarmante o escasso número de pessoas responsáveis pela segurança no presídio em situações de emergência, especialmente considerando a elevada população carcerária. Além disso, a Corte observou que as condições materiais de detenção no estabelecimento são inadequadas, destacando a ausência de colchões para todos os detentos e a insuficiência de iluminação e ventilação adequadas nas celas. Essa situação foi considerada incompatível com as condições mínimas de tratamento dos presos, conforme previstas no direito interno do Estado brasileiro, nas Regras de Mandela e nos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

Diante dessas constatações, que corroboram o estado de coisas inconstitucional enfrentado pelo sistema carcerário brasileiro, a Corte IDH, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 63.2 da Convenção Americana e o artigo 27 de seu Regulamento, estabeleceu 12 (doze) medidas ao Brasil. Destaca-se, em particular, a medida de número 4, que introduz uma importante inovação para o sistema prisional, considerando as sistemáticas violações de direitos humanos. Essa medida determina que cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC seja computado em dobro para todas as pessoas alojadas naquele estabelecimento, exceto para aquelas acusadas de crimes contra a vida, crimes que afetem a integridade física ou crimes sexuais, ou que tenham sido condenadas por tais delitos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

Ressalta-se que, no que diz respeito às mulheres aprisionadas, essa medida é extremamente benéfica, uma vez que a maioria delas é encarcerada em decorrência de crimes relacionados à Lei de Drogas (Brasil, 2019), os quais, em sua essência, não envolvem o uso de violência ou grave ameaça. Portanto, não se justifica a manutenção dessas mulheres sob privação de liberdade enquanto o processo judicial ainda não foi concluído, considerando-se a baixa periculosidade e os numerosos problemas enfrentados nos estabelecimentos prisionais, já mencionados ao longo deste artigo.

Apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter destacado que a medida é direcionada a um estabelecimento específico, uma vez que não é de sua competência interferir na política criminal do Estado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018), essa constatação não desqualifica a possibilidade de que os magistrados considerem essas medidas em seus julgamentos. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro evidencia que os problemas relacionados à violação massiva de direitos humanos se estendem à maioria dos estabelecimentos prisionais no Brasil, não se limitando a casos isolados. Portanto, é essencial ampliar o alcance da determinação, que se apresenta como uma resposta viável aos sofrimentos ocasionados pelo cotidiano carcerário.

Nesse sentido, com o objetivo de apresentar a possibilidade de abrangência do cômputo em dobro do prazo de cumprimento da pena, é relevante destacar um caso concreto de violência obstétrica e desumanização de uma mulher aprisionada ocorrido em um estabelecimento prisional no Paraná. Esse caso levou o Judiciário do estado a aplicar a medida, em resposta à grave violação de direitos humanos detectada. Vale ressaltar que as informações foram disponibilizadas ao público pela Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPR-PR) por meio de seu site oficial, mantendo, no entanto, o nome da assistida em sigilo.

Em dezembro de 2021, durante uma inspeção no Complexo Médico Penal, a Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE-PR) tomou conhecimento dos relatos de uma detenta, cuja identidade foi mantida em sigilo, que estava grávida no momento de sua prisão preventiva. Conforme relatado na petição, ao chegar ao estabelecimento, a presa foi colocada em uma cela sem luz, onde permaneceu com apenas um colchão molhado no chão e ficou 36 horas sem se alimentar. Em decorrência dessa situação, a detenta iniciou um sangramento e desmaiou, sendo amparada por outras internas, que a conduziram à enfermaria. No entanto, foi recebida de forma hostil por uma profissional de saúde, que afirmou que a gestante poderia estar em estado crítico, mas não seria atendida, devendo, portanto, parar de insistir em solicitar assistência. Nesse mesmo dia, a detenta foi medicada com remédios contraindicados durante a gravidez (Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2023).

A situação da detenta agravou-se ainda mais posteriormente. De acordo com a petição da Defensoria Pública, respaldada pelos registros do histórico clínico e prontuário da unidade, bem como pela cópia do prontuário médico da gestante, em virtude da negligência, ela permaneceu 12 dias com hemorragia, resultando em um aborto espontâneo. Além da violência obstétrica vivenciada, a detenta enfrentou meses de dores na mama esquerda, onde havia uma prótese de silicone, necessitando com urgência de uma cirurgia para a retirada da

prótese, conforme constatado por meio de exames realizados em fevereiro de 2022. No entanto, mais uma vez negligenciada, a mulher permaneceu no Complexo Médico Penal até julho de 2022, quando finalmente passou a cumprir sua pena em regime domiciliar (Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2023).

Dessa maneira, é possível constatar a gravidade da situação vivenciada por pessoas submetidas à prisão, em face das inconstitucionalidades presentes no sistema carcerário. É certo que essa realidade não se restringe a estabelecimentos específicos, mas configura um problema generalizado. Assim, as soluções destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana nos estabelecimentos prisionais não devem ser limitadas, mas, ao contrário, devem ser amplas e abrangentes, considerando as diversas peculiaridades que permeiam o cotidiano carcerário.

Esse entendimento é reforçado, conforme argumentam Rudnicki e Souza (2021), pelos princípios da fraternidade e *pro persona*, consagrados pelo Sistema Internacional de Direitos Humanos. O princípio da fraternidade estabelece, entre outras coisas, que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros que decorrem dos tratados internacionais. Por sua vez, o princípio *pro persona* é analisado como uma regra geral de interpretação dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos, impedindo que um tratado seja interpretado de maneira a diminuir a proteção concedida a um indivíduo.

Diante disso, os princípios que orientam a efetivação dos direitos humanos possibilitam que casos semelhantes aos analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos possam ser contemplados pela medida, como evidenciado pelo caso julgado pelo Poder Judiciário do estado do Paraná, ainda que a determinação sobre o cômputo em dobro do prazo de cumprimento da pena não tenha efeito vinculante. Conclui-se, que é justo que o Estado compense os indivíduos aprisionados em situações de flagrante violação de seus direitos, uma vez que a imposição da pena de prisão implica um dever de cuidado. A inobservância dessa obrigação exige respostas urgentes e um olhar humanizado por parte do Poder Judiciário.

Considerações finais

A análise realizada neste estudo sobre a importância de garantir atenção às especificidades de gênero, visando à efetivação do princípio da não discriminação, evidencia que as Regras de Mandela e as Regras de Bangkok constituem um marco normativo

fundamental para a proteção desses indivíduos, promovendo uma abordagem mais humanizada no sistema prisional. A atualização das Regras de Mandela, ao incorporar diretrizes contemporâneas, reforça a proibição de tratamentos degradantes e a garantia da dignidade às pessoas privadas de liberdade. Nesse contexto, as Regras de Bangkok complementam essa estrutura, com um foco especial nas mulheres, assegurando direitos como a possibilidade de suspensão da pena para gestantes e a proibição de sanções que dificultem o contato com seus filhos.

Embora a presente pesquisa tenha alcançado resultados positivos em relação à conquista de direitos no âmbito prisional, especialmente no que diz respeito ao combate às vulnerabilidades intensificadas pelas necessidades específicas de gênero, a análise do cotidiano do cárcere revelou que a realidade do sistema prisional ainda está distante do que preveem as normas. Foram constatadas situações degradantes, como a falta de recursos de higiene, casos de violência obstétrica —como o uso de algemas durante o parto— e a oferta de alimentação inadequada.

Essas situações, entre muitas outras, levaram ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao evidenciar a necessidade de uma resposta eficaz e integrada dos Poderes Públicos. Esse reconhecimento também abriu caminho para a implementação de medidas que busquem transformar a realidade do sistema penitenciário, assegurando o respeito efetivo aos direitos fundamentais dos presos, de modo que a proteção dos direitos humanos vá além das normas e se traduza em práticas concretas, o que é especialmente importante ao considerar a interseccionalidade das opressões que afetam grupos vulneráveis, como as mulheres encarceradas.

A decisão da Suprema Corte, entre outros aspectos, ressalta a importância de considerar os precedentes judiciais de outros países da América Latina, ampliando a análise para além do contexto brasileiro ao tratar de uma questão cuja problemática transcende fronteiras nacionais. Essa perspectiva possibilita o compartilhamento e a adaptação de soluções a partir de experiências comuns. Desse modo, a decisão torna-se ainda mais relevante ao ser inserida em um contexto de diálogo entre cortes, especialmente porque, como demonstrado neste estudo, garantir a proteção efetiva dos direitos humanos requer cooperação e contribuições no plano internacional.

Ao refletir sobre as medidas adotadas pelo Brasil para assegurar a dignidade das mulheres encarceradas com base no princípio da não discriminação, destaca-se a ampliação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que prevê o cômputo em dobro

do prazo de cumprimento da pena para indivíduos que têm seus direitos humanos violados em estabelecimentos específicos, analisados pela Corte IDH, como o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

A ampliação dessa medida para incluir indivíduos que não se enquadram nos casos específicos tratados pela Corte IDH, como as mulheres cujas especificidades não são atendidas, demonstra que, apesar da gravidade da situação carcerária, os julgamentos com perspectiva de gênero podem oferecer respostas às violações de direitos, evidenciando a necessidade de combater esses casos. Embora essa medida não seja suficiente para impedir novas violações — uma vez que surge como resposta a situações em que os direitos já foram desrespeitados — ela ressalta que casos como o defendido pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, que evidenciam a gravidade da violência obstétrica enfrentada por mulheres encarceradas, merecem uma resposta efetiva do sistema de justiça.

Portanto, a adoção de uma perspectiva humanizada pelo Poder Judiciário, que inclua uma perspectiva de gênero, é fundamental para compreender como as opressões podem afetar os indivíduos de maneira diferenciada, dependendo de suas particularidades. Essa abordagem, alinhada aos princípios da fraternidade e *pro persona*, ressalta a necessidade de que as medidas destinadas a garantir a dignidade das mulheres encarceradas e a reparar as injustiças enfrentadas no sistema prisional não se restrinjam a respostas pontuais, mas se tornem o foco central dos julgamentos. Assim, será possível alinhar a realidade do cárcere às normas que consagram os direitos humanos, garantindo que a punição estatal se restrinja apenas à privação da liberdade, sem ampliar suas consequências a outros direitos fundamentais.

Referências

BANDEIRA, Regina. *Presídios femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças*. Conselho Nacional de Justiça. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas/#:~:text=O%20CNJ%20constatou%20baixa%20qualidade,come%2C%20ou%20fica%20com%20fome>. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro*. Brasília, 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. *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. Brasília, 2016.

BRASIL. *Regras de Mandela*: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016.

BRASIL. *Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade*. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2019.

BROGNOLI, Anelise Franchesca; NEME, Luana Costa Lima Hildebrando; PASSONI, Cynthia de Mattos Silva. Relação da dieta de gestantes com o estado nutricional. *Cadernos da Escola de Saúde*, v. 1, n. 3, p. 1-14, 2010.

CARNEIRO, Beatriz. *Brasil ultrapassa Rússia e se torna país com 3º maior número de mulheres presas*. CNN Brasil. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-ultrapassa-russia-e-se-torna-pais-com-3-maior-numero-de-mulheres-presas/>. Acesso em: 22 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução de 22 de novembro de 2018*. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 2018.

DAMASCENO, Victoria; MENON, Isabella; XAVIER, Karime. *Falta de absorventes, higiene e infraestrutura intensifica pobreza menstrual no cárcere*. Folha de São Paulo. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/03/falta-de-absorventes-higiene-e-infraestrutura-intensifica-pobreza-menstrual-no-carcere.shtml>. Acesso em: 02 fev. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. *Violência obstétrica*: DPE-PR garante decisão histórica para mulher que sofreu aborto enquanto estava detida no Complexo Médico Penal. DPE-PR, 2023. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Violencia-obstetrica-DPE-PR-garante-decisao-historica-para-mulher-que-sofreu-aborto>. Acesso em: 20 jan. 2024.

FARIELLO, Luiza. *Conselho publica tradução das Regras de Mandela para o tratamento de presos*. Agência CNJ de Notícias. 27 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-publica-traducao-das-regras-de-mandela-para-o-tratamento-de-presos/>. Acesso em: 22 jan. 2024.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. *Revista Publicum*, 3(2), 193–240, 2017.

LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 21, n° 7, 2016, p. 2061-2070.

NERI, Bianca Garcia. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. *Revista Paradigma*, v. 27(1), 2018.

NETO, José Mário Wanderley Gomes; Lopes, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do



Recurso em Habeas Corpus n. 136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*. V. 10, n. 1, jan./jun., 2023.

PAOLIERI, Júlia; MACHADO, Wagner. *Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente*. Terra. Brasil. 2015. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-pao-como-absorvente,cbaec6a46c78ba371bf9e9b00dd051cd2i3uRCRD.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUDNICKI, Dani; SOUZA, Fábio Segala de. Cômputo em dobro do período de privação de liberdade executado em condições ilícitas. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. v. 7, n. 2, p. 1-22, jul./dez., 2021.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 06/02/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 19/12/2024

Publicado em 29/12/2024

Argumentação jurídica e fundamentação em direito: um estudo de caso nas sentenças que decidem sobre a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho

Legal argumentation and reasoning in law: a case study in the sentences that decide on compensation for moral harassment in the workplace

Giovanilza Maria Pessoa de Oliveira²⁸

<https://orcid.org/0009-0007-7278-6056>

gil_pessoa@uol.com.br

Resumo

O objetivo geral desta pesquisa é identificar nas sentenças analisadas, se a argumentação jurídica e a fundamentação, contribuem para o desestímulo da prática do assédio moral no ambiente de trabalho. A importância da análise se deve à necessidade de se revisar os paradigmas utilizados pelos operadores do Direito, na abordagem ao assédio moral, visto que não é incomum que o dano moral causado pelo assédio moral seja equiparado, em termos de reparação monetária, ao dano moral causado por relações de consumo. A pesquisa foi realizada por meio de análise jurisprudencial, buscando identificar os elementos presentes no discurso argumentativo, e na justificativa utilizada, que contribuem para o alcance do objetivo deste estudo. A análise é realizada no âmbito do TRT da 6ª Região, dentre as sentenças que julgaram improcedentes os pedidos de indenização por danos morais. Do estudo se conclui que nas Sentenças analisadas, a argumentação jurídica e a fundamentação validam elementos que tornam a atuação do Judiciário insuficiente para desestimular a prática do assédio moral; seja pelas sentenças apresentarem uma argumentação e fundamentação frágeis, seja por se desconsiderarem a probabilidade do assédio moral sob a responsabilidade objetiva da empresa, quando não há comprovação da responsabilidade subjetiva do empregado ou preposto investigado pela prática do assédio moral, ou mesmo por se tentar desqualificar o assédio moral colocando os holofotes no crescimento e desafios da economia, na produtividade e no lucro das empresas, entre outros pontos.

Palavras-chave: argumentação jurídica; fundamentação de decisões judiciais; assédio moral; direito do trabalho.

²⁸ Titulação principal: Doutora em Integração e Desenvolvimento Econômico, pela Universidade Autônoma de Madri (2015-1) – reconhecimento pela Unicamp (2016); Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2024-2025); Especialista em Advocacia Pública, pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (2018-1); Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Frassinetti do Recife (2023-2). Titulação adicional: Mestra em Engenharia da Produção, pela Universidade Federal de Pernambuco (2000-2); Especialista em Gestão da Qualidade em Serviços, pela Universidade de Pernambuco, Faculdade de Administração (1999-1); Especialista em Gestão de Organizações em Ciência e Tecnologia em Saúde, pela Escola Nacional de Saúde Pública (2012-2); Bacharela em Administração, pelo Grupo Universitário Maurício de Nassau (2010-1); Bacharela em Comunicação Social – Jornalismo, pela Universidade Católica de Pernambuco (1994-1). Instituição à qual está ligado(a) – Acadêmica: Universidade Católica de Pernambuco (Mestrado em Direito na Linha de Pesquisa em Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos). Instituição à qual está ligado(a) – Profissional: Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (servidora requisitada).



Abstract

The general objective of this research is to identify, in the Sentences analyzed, whether the arguments and legal foundations contribute to discouraging the practice of moral harassment in the workplace. The importance of the analysis is due to the need to review the paradigms used by legal professionals when dealing with moral harassment, since it is not uncommon for the moral damage caused by moral harassment to be equated, in terms of monetary compensation, with moral damage, caused by consumer relations. The research was carried out through jurisprudential analysis, seeking to identify the elements present in the argumentative speech, and in the justification used, that contribute to achieving the objective of this study. The analysis is carried out in the TRT-6, among the sentences that rejected requests for compensation for moral damages. The study concludes that in the Sentences analyzed, the argumentation and legal reasoning validate elements that make the action of the Judiciary insufficient to discourage the practice of moral harassment; either because the sentences present weak arguments and justification, or because they ignore the probability of moral harassment under the objective responsibility of the company, when there is no proof of the subjective responsibility of the employee or representative investigated for the practice of moral harassment, or even because an attempt is made to disqualify the harassment moral focusing on economic growth and challenges, productivity and company profits, among other points.

Keywords: *legal argumentation; justification of judicial decisions; moral harassment; labor law.*

1 Introdução

Reduzir o grau de subjetividade, aumentando a segurança jurídica, em relação à decisão esperada na sentença é um desafio para o mundo do Direito. Para isso, utiliza-se ferramentas de argumentação e raciocínio jurídico. É certo que a verdade real é humanamente impossível de retratar na sua essência absoluta, através de um processo jurídico; uma vez que se encontra repleta de nuances vivenciadas de forma única por cada pessoa que participou do evento. Retratar essas nuances e como a legislação, a doutrina e a jurisprudência as explicam faz parte do discurso jurídico. O desafio do magistrado é, em meio às forças que interferem no espaço de decisão judicial, encontrar um possível ponto de pacificação para a disputa. Sem dúvida, não é um desafio pequeno; ainda mais quando se trata de um tema delicado como o assédio no local de trabalho. Traduzido, por alguns estudiosos, a exemplo de Leymann (1990, p. 119) e Márcia Guedes (2003, p. 162), como terror psicológico que visa destruir a pessoa assediada, o assédio moral apresenta dificuldades em demonstrar sua caracterização e mais ainda seus efeitos.

A argumentação jurídica e a fundamentação em direito são ferramentas que permitem aos operadores do Direito apresentarem, através de uma exposição lógica e concatenada da legislação e da doutrina, bem como da jurisprudência, os elementos que retratam um caso em específico, levando-o à análise sob a ótica jurídica. Alexy, ao referir-se à importância da argumentação jurídica, destaca que essa se faz necessária, pela imprecisão da linguagem do Direito, pela possibilidade de conflito entre as normas; ou ainda, porque a cada dia surgem novos fatos, ainda não regulamentados pela legislação atual. Também permitem que se defenda um ponto de vista, por vezes apresentando polos opostos de uma lide.

Em efeito, todo evento tem duas ou mais versões, a depender da ótica com o qual se mire. Decidir pela ótica a ter seu mérito reconhecido, quando uma disputa é judicializada, é um dos desafios enfrentados pelo Direito, em busca da verdade e do direito justo. Este, porém, seria o mundo ideal. Na prática, todos os Poderes da República encontram-se submetidos a relações de poder e interesses econômicos; estando o discurso jurídico eivado de elementos que refletem tal situação; seja conscientemente, seja por estar impregnado culturalmente, perpetuando, de qualquer forma, os modelos de estrutura social hegemônicos.

Em uma situação que retrata por vezes desafios para um coletivo de cidadãos, de empregados, de minorias, etc., é preciso se lidar ainda com dramas, que na maioria das vezes são individuais, solitários, quase invisíveis em meio à coletividade; trata-se do assédio moral, especialmente nocivo no ambiente de trabalho. Onde, a partir de condutas nocivas, para se utilizar de palavras polidas, quase técnicas, um assediador, tal qual um predador, escolhe uma vítima e contra ela pratica uma silenciosa tortura psicológica, buscando dominá-la.

Este trabalho de pesquisa tem como objetivo geral identificar nas sentenças analisadas, se a argumentação jurídica e a fundamentação, contribuem para o desestímulo da prática do assédio moral no ambiente de trabalho. Valendo-se, para este fim, dos seguintes objetivos específicos: (1) Apresentar uma breve introdução, ao estado da arte na conceituação da argumentação jurídica e da fundamentação em direito; (2) Apresentar os conceitos básicos relacionados ao assédio moral e a legislação pertinente; (3) Identificar nas sentenças analisadas como ocorre a argumentação jurídica e/ou a fundamentação.

A pesquisa foi realizada por meio de análise jurisprudencial, através do método qualitativo, não havendo nenhuma pretensão de se realizar uma análise quantitativa, mas apenas identificação de elementos presentes no discurso argumentativo, e na justificação utilizada, que contribuam para se atingir os objetivos específicos deste estudo.

Para tanto, foram escolhidas aleatoriamente entre os Processos Eletrônicos, com sentenças proferidas em 2023-1 e disponibilizadas para livre acesso, Ações Trabalhistas – Rito Ordinário, no âmbito do TRT da 6ª Região, entre aquelas que tenham julgado pela improcedência do pedido de indenização por dano moral em casos de assédio moral no ambiente de trabalho, proferidas por magistrados diferentes; excluindo-se os casos que apresentaram: ausência de prova; prova testemunhal dividida. Por uma limitação temporal, procedeu-se à análise de 3 (três) processos.

2 Argumentação jurídica e previsão legal para a fundamentação das decisões jurídicas

A argumentação é entendida como *um conjunto de regras internas à língua, que comandam o encadeamento dos enunciados, orientando a enunciação em certa direção* (Colares, 2014, p. 129). Virgínia Colares (2014, *apud* Ducrot, 1977) destaca que *a argumentatividade está inscrita na própria língua [...] Todo dizer é um meio de levar o interlocutor a seguir certa direção, chegando a uma conclusão ou servindo para desviá-lo dela*. Para esta pesquisa, lança-se mão da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) do filósofo e jurista alemão Robert Alexy. Para Alexy, são cinco os motivos para se utilizar a argumentação jurídica: a imprecisão da linguagem do Direito; a possibilidade de conflito entre as normas; o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto (Alexy, 2021, pp 18-19). Desenvolvendo-se o discurso jurídico a partir de questões práticas e na pretensão de correção, dentro do ordenamento jurídico vigente.

Alexy, defende que a efetivação da pretensão de correção no discurso jurídico depende da justificação, ou seja, de que obedeça a regras, as quais divide em justificação interna e justificação externa. Utiliza-se a justificação interna do silogismo da lógica clássica, através da aplicação da norma jurídica a um fato; onde se espera que a decisão seja uma conclusão lógica das premissas apresentadas. Já a justificação externa é uma atividade argumentativa, voltada para o convencimento de que as premissas escolhidas são adequadas. O jurista divide, ainda, a justificação externa em seis grupos de regras: interpretação (semântica, histórica, comparada, teleológica, genética e sistemática); argumentação geral prática (razão); argumentação empírica (fatos); formas especiais de argumentação (analogia, argumentação a contrário, redução ao absurdo); argumentação dogmática; e uso de

precedentes. Destaca Alexy, em relação à dogmática jurídica, que essa compreende três dimensões:

- Dimensão descritiva-empírica: na qual se realiza uma descrição do direito vigente; sendo possível se distinguir a descrição e o prognóstico da prática nos tribunais e a determinação da real vontade do legislador.
- Dimensão lógica-analítica: na qual se realiza uma análise conceitual e sistemática da lei em vigor; incluindo tanto a análise de conceitos legais quanto a investigação das relações lógicas entre várias normas e princípios.
- Dimensão normativa-prática: prevê a elaboração de propostas para problemas jurídicos complexos; sendo perseguida por aqueles que fazem propostas para a interpretação de uma norma, ou para uma nova norma ou instituição e as justificam ou por aqueles que criticam uma decisão na lei com base em deficiências práticas e elaboram uma contraproposta.

Considera Alexy, que se limita a argumentação jurídica pela sua *sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente*. (Alexy, 2021, p. 28). Em relação ao uso de precedentes, Fredie Didier Júnior destaca que o Código de Processo Civil,

[...] inova ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente [...]. Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência (Didier, 2017, p. 136).

Alexy alerta, ainda, que uma das dificuldades para se seguir os precedentes é o fato de que dois casos não serem sempre totalmente idênticos; sendo então preciso se determinar que diferenças são relevantes. Outro ponto é que entre o momento em que se julga um caso e outro, ainda que sejam estes idênticos, podem ocorrer mudanças na abordagem utilizada.

Considerando o objeto principal deste trabalho, em relação a como se apresenta nas sentenças, da Justiça do Trabalho, a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho, especial destaque se dá à sujeição da argumentação jurídica à legislação e ao seu então enquadramento dogmático; notadamente na abordagem aos elementos normativos presentes no *caput* do art. 223-G, da CLT, a ser abordado no tópico 4.

Quanto à fundamentação jurídica das decisões judiciais, cabe, inicialmente, um esclarecimento de que, como foge ao escopo deste trabalho debruçar-se sobre os elementos

conceituais relacionados com a *fundamentação*, a *justificação* e a *motivação*, buscando suas similitudes e diferenças, segue-se aqui o entendimento de que tenham o mesmo significado.

Destaca Otávio Motta que ainda que o papel da justificação das decisões judiciais como ponto fundamental da atividade jurisdicional no Estado Constitucional, *a interpretação jurídica é um caminho que se percorre por meio de escolhas. [...] trabalhar com o direito não é trabalhar com um objeto pronto, mas com indeterminação e equivocidade* (Motta, 2014, p. 19).

A fundamentação em direito tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, como indicado a seguir:

- Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX; CPC, art. 11).
- O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 370. Parágrafo único).
- O juiz apreciará a prova constante dos autos, [...] e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (CPC, art. 371).
- São elementos essenciais da sentença: [...] os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (CPC, art. 489, II).
- Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (CPC, art. 489, § 1º).

Ou seja, não há sentença válida, sem que se apresente a fundamentação que conecta a norma ao fato. O que exige um entendimento do fato específico; mesmo quando esta norma se trate de um precedente, a partir de uma constatação de que há identificação suficiente. Destaca-se a importância do *princípio da primazia da realidade*, nas relações jurídico-

trabalhistas. Entretanto, a realidade fática está limitada pelo alcance das partes na produção das provas; fazendo a fundamentação justamente o enlace entre a norma e precedentes aplicados e o fato julgado.

Marlon Tomazette (2011, *apud* Mendonça, 2007) ressalta a visão de Mendonça, de que a fundamentação na decisão judicial *não requer exclusivamente a aprovação da comunidade jurídica, mas também a aprovação das próprias partes em litígio e da opinião pública em geral, sob o risco de representar ato completamente divorciado da realidade fática e carente de legitimidade*. No mesmo sentido, Teresa Alvim destaca que a fundamentação da decisão judicial deve ter, necessariamente, *uma dimensão fortemente atrelada ao caso concreto, à compreensão e à qualificação dos fatos, e outra voltada ao direito* (Alvim, 2023, p. 29). Tal ensinamento já era preconizado por Miguel Reale, através do que denominou como estrutura tridimensional do direito, baseada em que

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta. Mas ainda esses elementos ou fatores não só existem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já que o Direito é uma realidade histórico cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (Reale, 2002, p. 65).

Por fim, cabe destacar, que já não se aceita que a decisão judicial baseada no livre convencimento do juiz. Sendo preciso,

[...] superar o fetichismo legalista em direção à realização da justiça. Não a justiça subjetivamente determinada, mas a justiça pautada pelo diálogo e pelo consenso. O desafio está lançado. Que as próximas gerações de juristas possam encontrar nesse desafio a serena e permanente motivação para realizar o direito justo (Teixeira, 2002, p. 225).

O professor José Mário Gomes Neto, destaca, ao referir-se ao modelo estratégico de decisão judicial, que *os juízes possuem um conjunto de preferências (tal como sugerido pelo modelo atitudinal), mas buscam estas preferências de uma maneira sofisticada, prudente, indireta, ou seja, estratégica, e não de forma sincera e direta* (Gomes Neto, 2020, p. 242). Ou seja, na sua decisão o juiz pondera ainda os custos e benefícios do seu posicionamento. Evidentemente, quanto mais legalista for o juiz, na sua tomada de decisão, menor será a interferência da variável política.

3 A análise crítica do discurso jurídico

Ainda que, a rigor, não seja o método a ser utilizado para esta pesquisa, a análise crítica do discurso jurídico aborda conceitos importantes para o entendimento da argumentação jurídica encontrada nas sentenças que decidem sobre a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho. Pois, como ensina a professora Virgínia Colares

[...] a análise crítica do discurso (ACD) procura encontrar, nos textos analisados, evidências de como as estruturas e práticas sociais afetam e determinam a escolha dos elementos lingüísticos utilizados num texto, e que efeitos estas escolhas lingüísticas podem ter sobre as estruturas e práticas sociais como um todo. O termo crítica é usado para indicar que esta forma de análise lingüística tem como objetivo expor os laços ocultos entre linguagem, poder e ideologia. (Colares, 2017, p. 335).

Virgínia Colares (2010, *apud* Thopsom, 1995) registra como modos de operação da ideologia, naquilo que denomina como superfície do texto, os seguintes procedimentos:

- Legitimação – Relações de dominação são representadas como legítimas.
 - Racionalização – uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações.
 - Universalização – interesses específicos são apresentados como interesses gerais.
 - Narrativização – exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente
- Dissimulação – Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas.
 - Deslocamento – deslocamento contextual de termos e expressões.
 - Eufemização – valorização positiva de instituições, ações ou relações.
 - Tropo – sinédoque, metonímia, metáfora.
- Unificação – Construção simbólica de identidade coletiva.
 - Estandartização – um referencial padrão proposto como fundamento partilhado.
 - Simbolização da unidade – construção de símbolos de unidade e identificação coletiva.
- Fragmentação – Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante.
 - Diferenciação – ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo.
 - Expurgo do outro – construção simbólica de um inimigo.
- Reificação – Retração de uma situação transitória como permanente e natural
 - Naturalização – criação social e histórica tratada como acontecimento natural
 - Eternalização – fenômenos sócio-históricos como permanentes

- Nominalização/Passivação – concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações

Apresenta, pois, a linguagem, as *práticas de manipulação, criação de consenso e manutenção das relações hegemônicas* (Colares, 2010, p. 111). Enquanto “o discurso tem o poder social construtivo tríplice: (1) produz e reproduz conhecimentos e crenças por meio de diferentes modos de representar a realidade; (2) estabelece relações sociais e (3) cria, reforça ou reconstitui identidades (Colares, 2010, p. 334).

4 O assédio moral no ambiente de trabalho

Definir o assédio moral não é uma tarefa simples. Inicialmente, é preciso se compreender que se trata de um conceito em construção; exemplo disso é a mudança de paradigma trazida pela Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, ao incluir na definição do termo *violência e assédio*, as ideias de ameaça, independentemente de ocorrer a conduta fática, e da não exigência da reiteração da conduta nociva; ou seja, uma única conduta pode caracterizar o assédio moral. Em efeito, o art. 1º, parágrafo 1º, da Convenção nº 190/OIT, apresenta as seguintes definições

(a) o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero; [...].

Entretanto, ao se observar a prática até então majoritária na jurisprudência e na doutrina brasileira, observa-se uma constante alusão, para a caracterização do assédio moral, em relação às condutas nocivas, a termos como: por repetição ou sistematização (Hirigoyen, 2010, p. 17); de forma repetitiva e prolongada (Nascimento, 2004, p. 922); forma premeditada e repetida (Processo 0000055-68.2022.5.06.0007, p. 15); prática reiterada (Processo 0000511-75.2022.5.06.0182, p. 11); prática sistemática (Processo 0000542-35.2022.5.06.0008, p. 10).

Pois bem, para se remover a ideia de incompatibilidade entre estes dois momentos conceituais, uma saída pode ser se recorrer à intensidade da conduta nociva (ou ameaça); recurso este utilizado por Pessoa de Oliveira (2024, p. 208-209); que, para caracterizar um caso complexo de assédio moral, considerou um caso hipotético de assédio moral (Caso A)

[...] praticado a partir de 11 (onze) condutas (C) e suas ocorrências no tempo (t), considerando ainda a intensidade da agressão (I), chegando assim à seguinte equação:

$$\begin{aligned} C1 &= (C1_{(t0)} \times I_{(t0)}) + (C1_{(t1)} \times I_{(t1)}) + (C1_{(t2)} \times I_{(t2)}) + \dots + (C1_{(tn)} \times I_{(tn)}) \\ C2 &= (C2_{(t0)} \times I_{(t0)}) + (C2_{(t1)} \times I_{(t1)}) + (C2_{(t2)} \times I_{(t2)}) + \dots + (C2_{(tn)} \times I_{(tn)}) \\ &[...] \\ C11 &= (C11_{(t0)} \times I_{(t0)}) + (C11_{(t1)} \times I_{(t1)}) + (C11_{(t2)} \times I_{(t2)}) + \dots + (C11_{(tn)} \times I_{(tn)}) \\ \text{Caso A} &= C1 + C2 + \dots + C11 \end{aligned}$$

Observe-se que o caso de assédio moral poderá ser formado por uma única Conduta (C_1), cujo efeito dependerá do número de vezes em que ela se repete (0, 1, 2, 3, n) e da Intensidade (I) com que ocorre a cada vez que se repete. Evidentemente esta é uma tentativa ainda preliminar²⁹, do que vem a ser uma representação matemática para um caso de assédio moral; com o intuito de evidenciar que cada caso é um caso, com ofensas que podem atingir graduações como leve, média, grave ou gravíssima (segundo a ponderação utilizada no art. 223-G, § 1º, CLT).

Neste ponto, faz-se necessário se analisar as seguintes variáveis: dolo ou culpa; repetição ou não, da conduta nociva. Pois bem, como destacam Almeida, Viera e Vieira (2023, *apud* Sanched, 2020), o *crime habitual é aquele que se configura mediante a reiteração de atos*. E, nesse sentido, seguem Almeida, Vieira e Almeida que

[...] não há a possibilidade de um crime habitual existir na forma culposa, isto é, sem que o agente queira o resultado criminoso, tendo em vista que quem pratica o assédio moral age de forma consciente e desejando causar dano moral na vítima, o que não ocorre apenas uma vez, mas de forma reiterada (Almeida, Vieira, Almeida, 2023, p. 329).

A priori então, no caso de se tratar o assediador de uma gente público, já não caberia se recorrer à isenção de responsabilidade, com base na nova Lei da Improbidade Administrativa, por ausência de dolo. Por outro lado, ao se considerar a visão de que não se faz necessário a reiteração da conduta nociva, para caracterizar o assédio moral, pode-se assim também se recorrer ao Código Penal, através do instituto do crime permanente, no qual, como destaca Pessoa de Oliveira (2024, *apud* Bitencourt, 2015) *a ação praticada seja única, ela não se esgota na execução, como ocorre nos crimes instantâneos, mas se prolonga no tempo*; ao se considerar que da mesma forma se perpetuam os atos do assédio moral, uma vez que seus efeitos, a depender da intensidade, reverberam ao longo de dias, meses, ou mesmo anos.

²⁹ Preliminar tanto por não apresentar um rigor matemático, quanto por ainda não incluir a variável Efeito (E); esta bem mais complexa, uma vez que o efeito pode vir a se manifestar de imediato, ou em qualquer tempo futuro, em consequência de um abalo na saúde, ou de um evento traumático, como a perda de um ente querido, ou mesmo de mudanças na dinâmica social, a exemplo da aposentadoria ou de uma pandemia.

Entre as condutas que se caracterizam como assédio moral, a Controladoria Geral da União (CGU) apresenta uma extensa e detalhada relação de exemplos, que vão desde o isolamento social à ameaça de agressão física³⁰. Tais condutas podem trazer, como alerta o Tribunal Superior do Trabalho (2022, p. 13) as seguintes consequências:

- Para o assediado – consequências psíquicas, físicas, sociais e profissionais; a exemplo de: dores generalizadas; palpitações; distúrbios digestivos; dores de cabeça; hipertensão arterial (pressão alta); alteração do sono; irritabilidade; crises de choro; abandono de relações pessoais; problemas familiares; isolamento; depressão; síndrome do pânico; estresse; esgotamento físico e emocional; perda do significado do trabalho; e suicídio.
- Para as organizações – redução da produtividade; rotatividade de pessoal; aumento de erros e acidentes; absenteísmo (faltas); licenças médicas; exposição negativa da marca; indenizações trabalhistas; e multas administrativas.
- Para o Estado – custos com tratamentos médicos; despesas com benefícios sociais; e custos com processos administrativos e judiciais.

Como destaca Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (2007, p. 25), é apontado como *leading case* na jurisprudência brasileira, como o primeiro caso em que se reconhece como assédio moral, as perseguições sofridas por um técnico do setor de publicidade e propaganda, o Processo 1315.2000.00.17.00.1, do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (Vitória/ES). A seguir pode ser conferida a ementa do processo

³⁰ Exemplos de condutas de assédio moral: Privar a pessoa do acesso aos instrumentos necessários para realizar o seu trabalho; Sonegar informações necessárias à realização de suas tarefas ou fornecer informações que induzam ao erro; Não atribuir atividades à pessoa, deixando-a sem quaisquer tarefas a cumprir, provocando a sensação de inutilidade e de incompetência, ou colocando-a em uma situação humilhante frente aos colegas de trabalho; Contestar sistematicamente todas as suas decisões e criticar o seu trabalho de modo exagerado ou injusto, em especial na frente de outras pessoas; Entregar, de forma permanente, quantidade superior de tarefas comparativamente a seus colegas; Exigir a execução de tarefas urgentes de forma permanente e desnecessária; Atribuir, de propósito e com frequência, tarefas inferiores ou superiores, distintas das suas atribuições; Controlar a frequência e o tempo de utilização de banheiro; Pressionar para que não exerçam seus direitos estatutários ou trabalhistas; Dificultar ou impedir promoções ou o exercício de funções diferenciadas; Segregar a pessoa assediada no ambiente de trabalho, seja fisicamente, seja mediante recusa de comunicação; Agredir verbalmente, gritar, dirigir gestos de desprezo, ou ameaçar com outras formas de violência física e/ou emocional; Criticar a vida privada, as preferências ou as convicções pessoais ou políticas; Espalhar boatos ou fofocas a respeito da pessoa assediada, ou fazer piadas, procurando desmerecê-la ou constrangê-la perante seus superiores, colegas ou subordinados; Desconsiderar problemas de saúde ou recomendações médicas na distribuição de tarefas; Realizar um controle excessivo e desproporcional apenas sobre a pessoa assediada; Evitar a comunicação direta com a pessoa assediada, ocorrendo normalmente quando a comunicação se dá apenas por e-mail, bilhetes ou terceiros e outras formas indiretas de comunicação; Isolar a pessoa assediada de confraternizações, almoços e atividades realizadas em conjunto com os demais colegas; Fazer comentários indiscretos quando a pessoa falta ao serviço; Ameaçar a pessoa com violência física ou agredir fisicamente, ainda que de forma leve; Invadir a intimidade da pessoa, procedendo a escutas de ligações telefônicas, leituras de correspondências, mensagens em aplicativos ou e-mails; Ignorar a presença da pessoa; e Atribuir tarefas vexatórias ou humilhantes à pessoa (CGU, 2023, p. 7-8).



ASSÉDIO MORAL – CONTRATO DE INAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando a forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado (Tribunal Regional do Trabalho, 17ª Região, RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio, DJ de 20.08.02, publicado na *Revista LTr* 66-10/1237).

Em relação ao instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial, Cícero Favaretto destaca três funções básicas: “compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima, punir o agente causador do dano, e, por último, dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso” (Favaretto, 2014, p. 1).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2024), entre os anos de 2020 e 2023, o Judiciário Trabalhista brasileiro recebeu 338.814 (trezentos e trinta e oito mil, oitocentos e quatorze) novas ações tendo como lide o assédio moral; o que reforça a importância do tema e contribui para que alguns defendam que há uma crescente indústria do assédio moral, sendo inclusive uma das premissas a serem consideradas nas sentenças que tratam do tema, desestimular tal indústria, ao se considerar a condição econômica do autor da demanda, evitando assim o chamada enriquecimento ilícito. Não se fala aqui de litigância de má fé, mas sim, ainda que se entendendo procedente a demanda, independentemente do dano causado, a indenização não deve ser alta o bastante para promover o enriquecimento do autor.

Ainda que não haja no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica que trate do assédio moral, a questão se encontra amplamente positivada no texto constitucional, no código civil, na CLT, Código de Processo Civil, Código Penal, assim como Súmulas dos Tribunais Superiores; uma vez que as sentenças que julgam o assédio moral no ambiente de trabalho abordam temas como

(1) Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; (2) Ordem econômica: função social da propriedade; (3) Prova; (4) Responsabilidade civil; (5) Saúde e segurança do trabalhador; (6) Vedação à discriminação; (7) Direitos sociais (saúde, trabalho); (8) Dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e livre iniciativa (Pessoa de Oliveira, 2024, p. 199).

Mesmo a Convenção nº 190/OIT, que se encontra em processo de ratificação no Brasil, não aborda diretamente o assédio moral, fazendo referência genérica à *violência e*

assédio, e específica ao assédio sexual e com base no gênero. Também na Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), o tema do assédio moral segue em segundo plano na CLT

[...] pois foram abordados apenas os casos de danos morais, o que permitiu aos tribunais brasileiros desfigurar o assédio moral e seus elementos, tratando-o de forma equânime ao dano moral. Isso porque, inexistente legislação específica e eficiente acerca do tema (Almeida, Vieira, Almeida, 2023, p. 327).

Ainda assim, temos através da Lei nº 13.467/2017, a inclusão na CLT do Título II-A, que trata do dano extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho; e que traz o desafio de se manejar uma série de conceitos um tanto subjetivos e/ou indeterminados e mais fortemente definidos fora da esfera jurídica, a exemplo da honra, da imagem, da intimidade e da autoestima, além daquele que sintetiza a essência destes: a dignidade da pessoa humana. Pese estarem amplamente referenciados na doutrina e jurisprudência brasileira possuem difícil caracterização e quantificação, mais ainda quando fundamenta o argumento no dano causado pela agressão a estes bens imateriais.

Cabe esclarecer, sobre o conceito jurídico indeterminado, que este

[...] é indeterminado quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração, apresenta uma fluidez mais acentuada, do que resulta uma maior mobilidade ao operador do direito. [...] Os conceitos indeterminados podem ser derivados de três situações: de uma imprecisão conceitual linguística; da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; da exigência de realização de um juízo de prognose (Garcia, 2005, p. 85).

Aqui se destacam dois tipos de indeterminação: a imprecisão conceitual linguística – a exemplo da *dignidade da pessoa humana*; ou ainda aquela resultante da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor, quando a justificação – no campo do direito – é que permitirá compreender a significância do termo, aplicado ao caso. Ambas as situações apresentam uma carga de imprecisão, fluidez, indeterminação.

Evidentemente, fornecer parâmetros que contribuam para uma maior previsibilidade e segurança jurídica, em relação ao que se espera na decisão do magistrado, é algo positivo. Entretanto, o desafio fica ainda maior, diante do texto do *caput* do art. 223-G, que estabelece que, ao apreciar o pedido de indenização por dano extrapatrimonial, o juízo considerará elementos como: a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; e o grau de dolo ou culpa. Para completar, o § 1º do mesmo artigo, estabelece parâmetros para a

indenização que exigem uma ponderação quanto o grau da ofensa, em uma ponderação de leve à gravíssima.

5 Estudo de caso nas sentenças que decidem sobre a indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho

Trata-se da análise das sentenças proferidas no âmbito do Processo nº 0000368-26.2022.5.06.0008 (Processo A), Processo nº 0000773-47.2022.5.06.0401 (Processo B) e Processo 0000567-13.2020.5.06.0010 (Processo C).

A sentença do Processo A apresentou fundamentação³¹ subdividida em 29 (vinte e nove) tópicos, entre eles o que trata do *Assédio Moral. Indenização por Danos Morais*; já a sentença do Processo B apresentou fundamentação³², subdividida em 11 (onze) tópicos, entre eles o que trata da *Do Assédio Moral*; enquanto a sentença do Processo C apresentou fundamentação³³, subdividida em 05 (cinco) tópicos, entre eles o que trata da *Indenização por Danos Morais*.

A partir da análise textual das sentenças, foram identificadas as proposições relativas a cada processo, quanto às suas argumentações e fundamentações, totalizando 70 (setenta) proposições.

5.1 Processo A

³¹ (1) Requerimento de Intimação Exclusiva; (2) Da Incompetência Absoluta. (3) Dos Recolhimentos Previdenciários; (4) Da Liquidação dos Pedidos. Iliquidez Parcial. Multa Normativa. Aviso Prévio; (5) Da Inépcia da Inicial; (6) Da Ilegitimidade Passiva da 2ª Ré; (7) Da Responsabilidade das Reclamadas. Grupo Econômico; (8) Do Reconhecimento de Vínculo de Emprego em Período Sem Registro. Retificação da Data de Admissão em CTPS; (9) Da Extinção do Vínculo Empregatício. Retificação da Data de Saída em CTPS; (10) Da Integração do Auxílio-Alimentação ao Salário; (11) Da Integração à Remuneração de Bonificação (Descarte de Dejetos). Atividade Ilícita; (12) Do Acúmulo/Desvio de Função. Diferenças Salariais; (13) Do Adicional de Insalubridade. Entrega do PPP; (14) Da Jornada de Trabalho. Ausência de Obrigatoriedade do Controle de Ponto; (15) Do Adicional Noturno; (16) Das Horas Extras. Acordo Tácito de Compensação de Jornada; (17) Do Intervalo Intrajornada; (18) Dos Domingos e Feriados; (19) Do Sobreaviso; (20) Dos Depósitos Fundiários Inadimplidos; (21) Da Multa do art. 477, § 8º, CLT; (22) Assédio Moral. Indenização por Danos Morais; (23) Da Litigância de Má-Fé; (24) Da Justiça gratuita; (25) Dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais; (26) Dos Honorários Periciais; (27) Da Correção Monetária e Juros de Mora; (28) Das Contribuições Previdenciárias e Fiscais; (29) Da Recomendação Conjunta nº 3/GP.CGJT de 27/9/2013.

³² (1) Da Inépcia; (2) Da indenização decorrente da estabilidade; (3) Das diferenças salariais e descontos de comissões; (4) Das horas extras; (5) Do acúmulo de funções; (6) Do assédio moral; (7) Da justiça gratuita; (8) Dos honorários advocatícios; (9) Do parâmetro de liquidação; (10) Da correção monetária; (11) Da responsabilidade dos recolhimentos previdenciários e fiscais.

³³ (1) Da prescrição; (2) Do acúmulo de função; (3) Dos pleitos relativos ao estado de saúde da parte autora; (4) Da indenização por danos morais; (5) Da gratuidade de justiça. Dos honorários advocatícios.

Trata-se de Processo Judicial Eletrônico, com autuação em 18/05/2022 e sentença em 19/03/2023.

O assédio moral consiste em uma conduta abusiva do empregador ou de seus prepostos que se perpetue no tempo e atenta contra a dignidade e a integridade psíquica do trabalhador, fragilizando-o e desestruturando-o, com a finalidade de excluir o obreiro do ambiente de trabalho.

Pode ocorrer de diversas formas, seja diante de uma vigilância excessiva, pelo isolamento do trabalhador, deixá-lo no ócio, ou mesmo ao constrangê-lo e humilhá-lo por alguma característica pessoal.

Uma vez configurado o assédio moral, impõe-se o dever de indenizar, já que a indenização por dano moral tem por finalidade a garantia de uma recomposição pelo ato ilícito que provoque lesão aos direitos da personalidade da vítima, o que efetivamente ocorre com o trabalhador assediado.

Caberia ao reclamante comprovar a efetiva prática das condutas reportadas na peça de ingresso, por serem fatos constitutivos do seu direito à indenização perquirida (art. 818, I, CLT) [...].

Fragmento 1 (p. 20-21)

Proposições

1. A sentença, em seu texto argumentativo, apresenta 09 (nove) linhas, pela lauda original, que reproduzem a doutrina sobre o assédio moral, no ambiente de trabalho.
2. A sentença, em seu texto argumentativo, apresenta 02 (duas) linhas, pela lauda original, que fazem referência à legislação, nomeadamente à CLT.
3. A sentença, em seu texto argumentativo, não apresenta nenhuma menção à jurisprudência relacionada com o assédio moral.

Análise

Ao citar a doutrina, a sentença não traz em seu texto as fontes; de toda forma, entende-se que os pontos selecionados tenham especial importância para o juízo. No trecho destaca-se o conceito e efeitos do assédio moral; quem pode praticá-lo; o dever de indenizar e o ônus da prova para o Reclamante. Pode-se entender como débil a referência à legislação, uma vez que poderia citar ainda a Constituição, o Código Civil e o CPC. Ao não citar jurisprudência sobre o tema, não há como saber se o juízo efetivamente fez consulta a estas (o que poderia contribuir para o julgamento do caso).

Caberia ao reclamante comprovar a efetiva prática das condutas reportadas na peça de ingresso, por serem fatos constitutivos do seu direito à indenização perquirida (art. 818, I, CLT), encargo do qual não se desincumbiu a contento.

Fragmento 2 (p. 21)

Proposições

4. A sentença, em seu texto, apresenta uma única menção de relação entre a legislação (CLT) e a fundamentação.
5. A sentença, em seu texto, ao relacionar a legislação (CLT) e a fundamentação; registra que caberia ao reclamante comprovar a efetiva prática das condutas reportadas na peça de ingresso, encargo do qual não se desincumbiu a contento.

Análise

Destaque-se que mesmo antes de adentrar na Fundamentação, mesmo antes de apresentar os testemunhos, a sentença em seu texto, já se antecipa em dizer que o Reclamante não se desincumbiu a contento do encargo de comprovar o assédio moral.

Narrou o reclamante que a empregadora constantemente realizava ameaças de demissão, obrigava o descarte de dejetos em locais inapropriados, cometendo, no seu entender, crime ambiental, praticava xenofobia e proibia pausa para ir ao banheiro.

Fragmento 3 (p. 20)

Proposições

6. O Reclamante alega que sofria ameaças de demissão da Reclamada.
7. O Reclamante alega que a Reclamada o obrigava a realizar o descarte de dejetos em locais inapropriados.
8. O Reclamante alega que cometia a Reclamada, no seu entender, crime ambiental (por determinar os descartes em local inapropriado).
9. O Reclamante alega que era alvo de xenofobia, por parte da Reclamada.
10. O Reclamante era proibido, pela reclamada, de realizar pausa para ir ao banheiro.

Análise

A utilização do verbo narrar, a frase “Narrou o Reclamante...” enfraquece a credibilidade da fala. Caberia verbos mais incisivos, como alegar, onde teríamos “Alega o Reclamante...”.

Há um mix de informações, que da forma como estão apresentadas no texto da sentença, deixa a impressão de que o Reclamante não conseguiu estabelecer uma linha de argumentação, seja por ter alguma dificuldade de se expressar, seja pela forma como foi tomado o depoimento. Da fala do Reclamante, a sentença apresenta em seu texto, cinco recortes de condutas, que em separado, não caracterizam o assédio moral.

Observe-se a diferença na descrição dos fatos, com a troca do verbo e se a sequência da fala fosse apresentada como a seguir: Alega o Reclamante que a empregadora praticava xenofobia e o proibia de realizar pausa para ir ao banheiro; e obrigava o descarte de dejetos em locais inapropriados, cometendo, no seu entender, crime ambiental; e constantemente realizava ameaças de demissão.

De outra banda, a 1ª ré negou todas as acusações, requerendo a improcedência do pedido. Frisou que era o reclamante quem ameaçava pedir demissão se não fossem atendidas as exigências por ele requeridas, tratando comumente a Sra. (nome) – funcionária do administrativo – de forma grosseira.

Fragmento 4 (p. 20)

Proposições

11. A Reclamada nega todas as acusações.
12. A Reclamada alega que o Reclamante ameaçava pedir demissão se não fossem atendidas as exigências por ele requeridas.
13. A Reclamada alega que o autor comumente tratava a funcionário do administrativo de forma grosseira.

Análise

A Reclamada, de plano nega as acusações. Ficaria mais claro se a negativa fosse apresentada no texto, ponto a ponto, como por exemplo se estivesse escrito que: (1) A Reclamada negou que o obriga os funcionários a realizarem descarte de dejetos em locais inapropriados; (2) A Reclamada alega que se o Reclamante descartava os dejetos em local inapropriado, o fazia por decisão própria, e sem conhecimento da empresa... O texto que retrata as falas ponto a ponto, permite melhor se identificar as inconsistências.

Busca ainda a ré atingir o Reclamante, a quem descreve como um empregado grosseiro, que fazia exigências e ameaçava se demitir, como se sentisse ser muito importante e não se preocupasse com o funcionamento da empresa. Essa estratégia não exime a empresa das suas responsabilidades, mas busca reduzir a credibilidade do Reclamante; de toda maneira é uma prática arriscada, quando utilizada em um momento em que a empresa saiba ser culpada (não digo aqui que seja); a menos que o advogado perceba um ambiente favorável à Reclamante.

A testemunha por ele convidada apenas citou que poderia recusar o chamamento para laborar após o final da sua jornada, sem haver qualquer punição, mas que sofria ameaça de demissão.

Proposições

14. A testemunha do Reclamante confirma haver solicitação para laborar após o final da jornada.
15. A testemunha do Reclamante alega que poderia recusar o chamamento para laborar após o final da sua jornada.
16. A testemunha do Reclamante alega que não haveria nenhuma punição caso se recusasse a laborar após o final da sua jornada.
17. A testemunha do Reclamante alega que caso se recusasse a laborar após o final da sua jornada, sofriria ameaça de demissão.

Análise

Do testemunho, o que de fato se extrai é que a testemunha do Reclamante confirma haver solicitação para laborar após o final da jornada. As outras informações são contraditórias. Pois, se a proposição 16 for verdadeira, a proposição 17, pela lógica, será falsa.

Considero, neste particular, não ter se evidenciado qualquer ilícito grave praticado pela empresa, afinal, o próprio inquirido declarou que não havia punição em caso de recusa. Além disso, pelo que se percebe através do print da conversa estabelecida via Whatsapp, trazida em contestação (ID. e29c00d – fls. 140/143 do PDF) – cuja autenticidade foi reconhecida pelo autor, quando inquirido em depoimento pessoal –, há o indicativo de que era o reclamante quem externava insatisfações com ameaças de intentar ação judicial para resolver o litígio.

Fragmento 6 (p. 21)

Proposições

18. O juízo considera não ter se evidenciado qualquer ilícito grave praticado pela empresa.
19. O juízo considera não ter se evidenciado qualquer ilícito grave praticado pela empresa, afinal, o próprio inquirido declarou que não havia punição em caso de recusa.
20. A contestação da Reclamada apresenta conversa estabelecida via WhatsApp.
21. O Reclamante reconhece, em depoimento, a autenticidade da conversa estabelecida via WhatsApp, com a Reclamada.
22. O juízo percebe na conversa estabelecida via WhatsApp que nela o Reclamante externava, à Reclamada, suas insatisfações.

23. O juízo percebe na conversa estabelecida via WhatsApp que nela o Reclamante realiza à Reclamada ameaças de intentar ação judicial para resolver o litígio.

Análise

A conversa do WhatsApp reforça o que foi dito na proposição 12; mas em nada inocenta a Reclamada. A proposição 19 também não é argumento para a proposição 18. Afinal já há evidência de que há um entendimento, equivocado, entre os empregados de que a ameaça de demissão não seria punição.

Ressalte-se que também nada foi exposto pela testemunha autoral quanto à prática de xenofobia ou de proibição de utilização do banheiro, sem se olvidar, no tocante a esse último fato, que o trabalho do demandante era preponderantemente externo.
Fragmento 7

Proposições

24. A testemunha do Reclamante nada expõe quanto à prática de xenofobia.
25. A testemunha do Reclamante nada expõe quanto à proibição de utilização do banheiro.
26. A testemunha do Reclamante não se ouvida de que o trabalho do demandante era preponderantemente externo.

Análise

Quanto a Proposição 24, não há o que se inferir (pelo texto não fica claro se foi realizada a pergunta, ou se a resposta foi uma negativa). Mas nas proposições seguintes, novamente se apresenta argumentos inválidos. O fato proposição 26 ser verdadeira, não valida a proposição 25; basta que a empresa proíba o funcionário de parar o veículo ou a coleta do resíduo, para uso do banheiro; e pode nem chegar a proibir; basta que exija o cumprimento de prazos/metras que o impeçam de parar para uso do banheiro.

Destarte, não há provas concretas de prática de assédio moral por parte de quaisquer dos prepostos da empregadora em detrimento do autor.
Fragmento 8 (p. 21)

Proposições

27. O juízo considera que não há provas concretas de prática de assédio moral por parte de quaisquer dos prepostos da empregadora/Reclamada em detrimento do autor.

Análise

O problema aqui não é a conclusão à qual chega o juízo. Mas a antecipação desta conclusão no texto da sentença, antes que se exponha todos os fatos; apresentando-se uma condução argumentativa capaz de gerar mais confiança.

No que tange à alegação de que os descartes eram feitos em locais inapropriados, limitou-se a testemunha convidada pelo reclamante a afirmar que o despejo de dejetos era feito na rua, sem evidenciar, no caso presente, a imposição pela 1ª demandada de que assim fosse obrigatoriamente procedido. Ademais, caso restasse efetivamente comprovada a prática de ato ilícito para o qual o autor atuou diretamente, não haveria que se falar em lesão a direito da personalidade do trabalhador, e sim de sua responsabilização criminal pelo ocorrido.

Fragmento 9 (p. 21)

Proposições

28. A testemunha do Reclamante afirma que o despejo de dejetos era feito na rua.
29. A testemunha do Reclamante não evidencia a imposição pela 1ª demandada de que assim fosse obrigatoriamente procedido o descarte na rua.
30. O juízo entende que caso restasse efetivamente comprovada a prática de ato ilícito para o qual o autor atuou diretamente, não haveria que se falar em lesão ao direito da personalidade do trabalhador.
31. O juízo entende que caso restasse efetivamente comprovada a prática de ato ilícito para o qual o Autor/Reclamante atuou diretamente, caberia sua responsabilização criminal pelo ocorrido.

Análise

A proposição 29 não isenta a 2ª demandada; não havendo a referência, é de se inferir que a pergunta não foi feita em relação à 2ª demandada (mas deveria ter sido feita). O despejo dos dejetos era realizado em local impróprio, isso é um fato (proposição 28 e proposição 7). Independentemente da de qualquer fato, a empresa segue responsável pelo descarte errado.

O juízo além de entender (e aqui se antecipa novamente) que não há lesão ao direito da personalidade do trabalhador; afirma que poderia o trabalhador ser criminalmente responsabilizado. Aqui o principal ponto é que esse posicionamento inibe o direito do Reclamante de buscar a jurisdição; pois, ou a proposição 28 é falsa, não tendo sido atingido o Reclamante, ou ela é verdadeira e poderá o Reclamante responder criminalmente. É quase como dizer nem recorra da sentença, porque você vai se expor mais.

Por todo exposto, julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Fragmento 10 (p. 21)

Proposições

32. O juízo julgou, por todo o exposto, pela improcedência do pedido de indenização por danos morais.

Análise

Agora sim é o momento para apresentar a conclusão. Entretanto, o todo o exposto, pode não conduzir conclusão indicada. Não se está aqui fazendo julgamento de mérito em relação ao juízo ter julgado improcedente o pedido; mas sim, de que o exposto, faz com que se espere uma decisão contrária. Poderia ter se concluído mesmo que a Reclamada não pratica o assédio moral e sim uma gestão por injúria (pressão para que se exerça as atividades como determina), mas se escolheu o caminho de apresentar proposições frágeis ou mesmo contraditórias, como argumento para se validar a decisão de que não houve assédio moral.

5.2 Processo B

Trata-se de Processo Judicial Eletrônico, com autuação em 19/10/2022 e sentença em 04/04/2023.

Inicialmente, não se pode confundir assédio moral com dano moral. Assédio moral é conduta específica, resultado de perseguição insistente a um empregado, com vistas à humilhá-lo, constrangê-lo e isolá-lo, prática esta que provoca danos à sua saúde física e psicológica. Já dano moral é o resultado de qualquer conduta que provoque perda imaterial ao empregado, normalmente ligada aos direitos da personalidade.

Fragmento 11 (p. 7)

Proposições

33. A sentença, em seu texto argumentativo, apresenta 06 (seis) linhas, pela lauda original, que reproduzem a doutrina sobre o assédio moral, no ambiente de trabalho.
34. A sentença, em seu texto argumentativo, não apresenta nenhuma menção à jurisprudência relacionada com o assédio moral.
35. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, trata de diferenciar assédio moral de dano moral.
36. A sentença, em seu texto, não apresenta nenhuma menção de relação entre a doutrina apresentada e a fundamentação.

Análise

Ao citar a doutrina, a sentença não traz em seu texto as fontes; de toda forma, entende-se que os pontos selecionados tenham especial importância para o juízo. No trecho destaca-se o conceito e efeitos do assédio moral. Pode-se entender como débil a referência à legislação, uma vez que poderia citar ainda a CF, o Código Civil e o CPC. Ao não citar jurisprudência sobre o tema, não há como saber se o juízo efetivamente fez consulta a estas.

Pugna a autora pela percepção de uma indenização reparatória, em razão do assédio moral sofrido ao longo do liame laboral.

Fragmento 12 (p. 7)

Proposições

37. A autora pugna pela percepção de uma indenização reparatória, em razão do assédio moral.

Análise

Não há o que se inferir da proposição 37.

De saída, dá conta o depoimento da 1ª testemunha trazida pela obreira que o superior hierárquico da reclamante, Sr. (nome), por uma única vez, dirigiu comentário inapropriado à reclamante, quando fez referência a sua velocidade de trabalho. Ora, não se cuidando de conduta reiterada, de assédio moral não se trata.

Fragmento 13 (p. 7)

Proposições

38. A testemunha da Reclamante afirma que o superior hierárquico da reclamante por uma única vez, dirigiu comentário inapropriado à autora.

39. A testemunha da Reclamante afirma que o superior hierárquico da Reclamante na única vez em que dirigiu à Reclamante comentário inapropriado, fez referência a sua velocidade de trabalho.

Análise

Quanto a proposição 39, ter a testemunha presenciado uma única vez o fato, não quer dizer que ele não tenha se repetido, e até mesmo com outras nuances que esta desconheça.

Outrossim, os depoimentos colhidos indicam que o Sr. (nome) era ríspido não apenas com a reclamante, mas com os demais empregados sob a sua supervisão. Ainda que tal comportamento não seja salutar ao ambiente laboral, não tem o condão de ser caracterizado como assédio.

Fragmento 14 (p. 7)

Proposições

40. O juízo entende que como superior hierárquico da Reclamante era ríspido não apenas com a reclamante, mas com os demais empregados sob a sua supervisão, isto descaracteriza o assédio moral (sofrido pela Reclamante).

Análise

O que se infere da proposição 40 é que o superior hierárquico era rígido com os empregados que se encontravam sob sua supervisão. Isso não invalida a proposição 37. O assédio moral poderia ser coletivo, e aqui se trata não do assédio institucional, por vezes confundido com o coletivo, mas daquele direcionado ao grupo de empregados sob a supervisão do assediador (esse seria um ponto a ser esclarecido). Não é porque 01 (um) funcionário decidiu ajuizar e os demais não, que isso descaracterize o assédio coletivo; podendo ainda o único assediado ser o Reclamante (o fato não está esclarecido).

Sem falar que não se pode interpretar como assédio a mera exigência de aumento das vendas. É óbvio que o empregado menos produtivo, frente aos demais, num mercado altamente competitivo, está fadado à dispensa.
Fragmento 15 (p. 7)

Proposições

41. O juízo entende que não se pode interpretar como assédio (moral) a mera exigência de aumento das vendas.
42. O juízo entende que, com a cobrança de metas, é óbvio que o empregado menos produtivo, frente aos demais, num mercado altamente competitivo, está fadado à dispensa.

Análise

A sentença, em seu texto, apresenta uma proposição válida (proposição 41). Para gerar argumento para a distorção que vem em seguida, quando infere que o empregado que se incomoda com a cobrança de metas, o faz por ser o menos produtivo, talvez ainda por ser lerdado (veja-se a proposição 39); então nem lhe convém reclamar.

Por último, a política de incentivo à promoção de vendas casadas não é capaz de causar lesão a esfera personalíssima dos seus funcionários. Isso porque, tal

procedimento, quando muito, desafia ação própria a ser manejada na justiça comum cível, pelo cliente prejudicado, porquanto se trata de questão afeta a seara do direito do consumidor.

Fragmento 16 (p. 7)

Proposições

43. O juízo entende que a política de incentivo à promoção de vendas casadas não é capaz de causar lesão à esfera personalíssima dos seus funcionários.
44. O juízo entende que uma política de incentivo à promoção de vendas casadas desafia ação própria a ser manejada na justiça comum cível, pelo cliente prejudicado, porquanto se trata de questão afeta a seara do direito do consumidor.

Análise

Só que a proposição 44 apresenta um argumento que em nada está relacionado com a demanda. Se o cliente se sente prejudicado (ou não) com uma venda casada e decide recorrer (ou não) ao direito do consumidor, isso não tem o condão de fazer deixar de existir as condições a que estava submetido o empregado para cumprir as metas.

Descabida a indenização pretendida.

Fragmento 17 (p. 7)

Proposições

45. O juízo entende ser descabida a indenização pretendida, em razão do assédio moral.

Análise

Não há o que se inferir da proposição 45, a não ser que os argumentos apresentados no texto da sentença, são frágeis em conduzir a esse desfecho.

5.3 Processo C

Trata-se de Processo Judicial Eletrônico, com autuação em 10/07/2020 e sentença em 19/06/2023.

A sabedoria popular ensina que o trabalho dignifica o ser humano.

Fragmento 18 (p. 10)

Proposições

46. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, pela sabedoria popular, o trabalho dignifica o ser humano.

Análise

Ao abordar, já no início do texto da sentença, a temática de que o trabalho dignifica o ser humano (proposição 46), o juízo vai construindo um argumento que fará sentido ao ser considerado combinado com as proposições 51, 52, 53 e 54 (ver análise no Trecho 23).

Não houve citação, mas a frase integra texto de 2019 (Teixeira & Pamplona FILHO, 2019). Relevando que não houve a indicação da fonte; detêm-se a análise no fato de que nada há de inadequado com o texto. A questão é que este texto foi escolhido para a argumentação deste caso específico; que trata do assédio moral e não das relações gerais do mundo do trabalho.

Em termos jurídicos, a máxima revela-se totalmente acertada, o que não é surpreendente, já que, apesar das questões técnicas específicas, o Direito pode ser visualizado, numa perspectiva ampla, como o conjunto de regras e princípios que concretizam os ideais de justiça e de vida boa de uma sociedade, em dado momento histórico (p. 10).

Fragmento 19 (p. 10)

Proposições

47. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, o Direito pode ser visualizado, numa perspectiva ampla, como o conjunto de regras e princípios que concretizam os ideais de justiça e de vida boa de uma sociedade, em dado momento histórico.

Análise

Não houve citação, mas a frase integra texto de 2019 (Teixeira & Pamplona Filho, 2019). Relevando que não houve a indicação da fonte; detêm-se a análise no fato de que nada há de inadequado com o texto. A questão é que este texto foi escolhido para a argumentação deste caso específico; que trata do assédio moral e não das relações gerais do mundo do trabalho.

Caminhando ao encontro dessa ideia, a Organização Internacional do Trabalho sustenta que a todo aquele cuja sobrevivência depende da oferta de sua energia no mercado deve ser assegurado um trabalho em condições dignas, isto é, um trabalho decente.

Fragmento 20 (p. 10)

Proposições

48. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, a OIT sustenta que a todo aquele cuja sobrevivência depende da oferta de sua energia no mercado, deve ser assegurado um trabalho em condições dignas, isto é, um trabalho decente.

Análise (Vide Trecho 19).

A noção de trabalho decente propugnada pela Organização envolve a) a promoção do emprego produtivo e de qualidade, que permita ao obreiro sua própria realização pessoal e a participação para a concretização bem-estar coletivo; b) a ampliação das medidas de proteção social; c) o incentivo ao diálogo social; d) o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, consagrados na Declaração de 1998 e nas Convenções 29 e 105 (abolição do trabalho escravo), 138 e 182 (proibição do trabalho infantil), 100 e 111 (proibição à discriminação no emprego) e 87 e 98 (liberdade sindical e negociação coletiva) (p. 10).

Fragmento 21 (p. 10)

Proposições

49. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, a noção de trabalho decente propugnada pela OIT envolve a) a promoção do emprego produtivo e de qualidade, que permita ao obreiro sua própria realização pessoal e a participação para a concretização bem-estar coletivo; b) a ampliação das medidas de proteção social; c) o incentivo ao diálogo social; d) o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, consagrados na Declaração de 1998 e nas Convenções 29 e 105 (abolição do trabalho escravo), 138 e 182 (proibição do trabalho infantil), 100 e 111 (proibição à discriminação no emprego) e 87 e 98 (liberdade sindical e negociação coletiva).

Análise (Vide Trecho 19).

Em outras palavras: o trabalho deve ser um meio para a realização do indivíduo, para o desenvolvimento de suas potencialidades, para o fortalecimento de suas relações sociais [...]

Fragmento 22 (p. 10)

Proposições

50. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, o trabalho deve ser um meio para a realização do indivíduo,

para o desenvolvimento de suas potencialidades, e para o fortalecimento de suas relações sociais.

Análise (Vide Trecho 19).

Em outras palavras: o trabalho deve ser um meio para [...] a contribuição para o desenvolvimento socioeconômico da nação e para a obtenção dos resultados financeiros pretendidos pelo seu empregador, bem como para a participação em um esforço coletivo de proteção do meio ambiente, especialmente daquele em que o labor é executado. Presentes essas condições, pode-se falar de trabalho decente, produtivo, sustentável e de qualidade.

Fragmento 23 (p. 10)

Proposições

51. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, o trabalho deve ser um meio para a contribuição para o desenvolvimento socioeconômico da nação.
52. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, o trabalho deve ser um meio para a obtenção dos resultados financeiros pretendidos pelo seu empregador.
53. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, o trabalho deve ser um meio para a participação em um esforço coletivo de proteção do meio ambiente, especialmente daquele em que o labor é executado.
54. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, presentes as condições mencionadas, se falar de trabalho decente, produtivo, sustentável e de qualidade.

Análise

As proposições de 51 a 54 fazem referência ao papel das empresas no desenvolvimento econômico do país, com foco na produção e no retorno financeiro para o empregador. Trazendo, nas entrelinhas – pela estrutura argumentativa, a ideia de que o empregado que se opõe a este sistema, não é digno como ser humano (análise Trecho 18).

Não houve citação, mas a frase integra texto de 2019 (Teixeira & Pamplona Filho, 2019). Relevando que não houve a indicação da fonte; detêm-se a análise no fato de que nada há de inadequado com o texto. A questão é que este texto foi escolhido para a

argumentação deste caso específico; que trata do assédio moral e não das relações gerais do mundo do trabalho.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República (art. 1º), bem como que a valorização do trabalho humano é uma das bases da Ordem Econômica, sendo a promoção da dignidade humana uma das suas finalidades (art. 170).

Fragmento 24 (p. 10)

Proposições

55. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o mundo do trabalho, afirma que, a CF/1988 estabelece que o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República (art. 1º), bem como que a valorização do trabalho humano é uma das bases da Ordem Econômica, sendo a promoção da dignidade humana uma das suas finalidades (art. 170).

Análise

Em realidade, o art. 170/CF faz referência a que ordem econômica, [...] tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna.; mas em relação a lhe subsidiar o sustento. Vinculá-la à promoção da dignidade humana, nos moldes em que se estrutura a economia hoje no Brasil, torna-se uma falácia. O empresário que demite para ver as ações da sua empresa crescerem na Bolsa de Valores, não está preocupado com a dignidade humana.

Mais uma vez se registre que nada há de inadequado com o texto; a questão é que este texto foi escolhido para a argumentação deste caso específico; que trata do assédio moral.

Assim, não restam dúvidas de que, para o Direito, o trabalho é um meio para a plena realização do ser humano, não um instrumento para a violação de sua dignidade. Justamente por isso, as situações que tornem indignas as condições de trabalho, como as hipóteses de dano moral, devem ser severamente reprimidas pelo Judiciário.

Fragmento 25 (p. 10)

Proposições

56. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, afirma que, não restam dúvidas de que, para o Direito, o trabalho é um meio para a

plena realização do ser humano, não um instrumento para a violação de sua dignidade.

57. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, afirma que, as situações que tornem indignas as condições de trabalho, como as hipóteses de dano moral, devem ser severamente reprimidas pelo Judiciário.

Análise (Vide Trecho 19).

O dano moral pode ser compreendido como a violação de um direito da personalidade ou, em perspectiva mais ampla, da dignidade humana.

Fragmento 26 (p. 11)

Proposições

58. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, busca conceituar o dano moral.

Análise

Não há inferência a fazer, sobre a proposição 58.

Tratando-se o dano moral de uma hipótese de dano *in re ipsa*, alegada sua ocorrência, a respectiva reparação civil depende da comprovação do fato violador de direito da personalidade e do nexo de causalidade em relação ao comportamento do empregador ou de seus prepostos, podendo ou não exigir-se a presença de culpa, de acordo com o enquadramento num caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva (Código Civil, arts. 186 e 927).

Fragmento 27 (p. 11)

Proposições

59. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, trata do dano *in re ipsa*.
60. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar na doutrina sobre o assédio moral, quanto ao dano *in re ipsa*, alega que a respectiva reparação civil depende da comprovação do fato violador de direito da personalidade e do nexo de causalidade em relação ao comportamento do empregador ou de seus prepostos.
61. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar na doutrina sobre o assédio moral, quanto ao dano *in re ipsa*, alega que pode ou não se exigir a presença de culpa, de acordo com o enquadramento num caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Análise

Em tese, as proposições 59, 60 e 61 estão corretas. O problema está em não se esclarecer, que se o dano moral ocorre no ambiente de trabalho, a empresa ou o empregador – caso não haja uma empresa, como no caso do empregador doméstico, por exemplo – já detém a responsabilidade objetiva. Logo, nada há que ser comprovado.

Já em relação ao empregado ou preposto que, trabalhando na empresa, tenha por ação ou omissão causado o dano moral, a este caberá a comprovação ou não de dolo ou culpa, por sua responsabilidade subjetiva.

Mas atenção: mesmo não se estabelecendo a responsabilidade do empregado, a responsabilidade da empresa já está estabelecida. Não é porque se inocenta o empregado, que será inocentada a empresa.

Assim, é possível afirmar que as ações nas quais se discute a configuração de dano moral envolvem basicamente dois aspectos: a) a comprovação de certos fatos, ressalvadas as exceções previstas no Código de Processo Civil; b) o exame a respeito da tese jurídica quanto ao enquadramento dos fatos como dano (p. 11).

Fragmento 28 (p. 11)

Proposições

62. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, alega que é possível afirmar que as ações nas quais se discute a configuração de dano moral envolvem basicamente dois aspectos; sendo o primeiro: a) a comprovação de certos fatos, ressalvadas as exceções previstas no Código de Processo Civil.

63. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar na doutrina sobre o assédio moral, alega que é possível afirmar que as ações nas quais se discute a configuração de dano moral envolvem basicamente dois aspectos; sendo o segundo: b) o exame a respeito da tese jurídica quanto ao enquadramento dos fatos como dano moral.

Análise

Não há inferência a se fazer em relação às proposições 62 e 63.

De acordo com as regras de distribuição do ônus da prova (CLT, art. 818, c/c CPC/15, art. 373), é encargo do reclamante comprovar a ocorrência dos elementos mencionados.

Trecho 29 (p. 11)

Proposições

64. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, trata do encargo ao Reclamante quanto ao ônus da prova.

Análise

Não há inferência a se fazer em relação à proposição 64. Observe-se, porém, que esta é a referência 1 ao ônus da prova (apresentada nas proposições 64 e 67).

Conceitualmente o assédio moral é a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, tendo por finalidade expor, deliberadamente, o trabalhador a situações humilhantes, desestabilizando a relação empregatícia. O assédio moral pode ser comissivo ou omissivo, horizontal ou vertical (ascendente ou descendente). Pode ainda assumir configuração individual ou institucional (ou coletiva). Na modalidade individual, é dirigido ao trabalhador isoladamente com o intuito de ofender a sua personalidade e a dignidade humana praticada por um empregado da empresa, geralmente com poderes de mando superiores ao do assediado. Já no assédio moral institucional (ou coletivo), a prática consiste em verdadeira técnica de gestão empresarial, agregada à dinâmica da atividade produtiva, maculando completamente o meio ambiente de trabalho.

Fragmento 30 (p. 11)

Proposições

65. A sentença, em seu texto argumentativo, ao abordar a doutrina sobre o assédio moral, trata de conceituar o dano moral.

Análise

Ao citar a doutrina, a sentença não traz em seu texto as fontes; de toda forma, entende-se que os pontos selecionados tenham especial importância para o juízo. No trecho destaca-se o conceito e efeitos do assédio moral. Ao não citar jurisprudência sobre o tema, não há como saber se o juízo efetivamente fez consulta a estas.

No caso dos presentes autos, a parte autora postula o pagamento de indenização por danos morais, alegando haver sofrido assédio moral. (p. 11).

Fragmento 31 (p. 11)

Proposições

66. O juízo xxx (p. 11).

Análise

Não há inferência a se fazer em relação à proposição 66.

O ônus de provar a existência dos requisitos que ensejem a indenização por danos morais é da parte autora, que dele não se desincumbiu satisfatoriamente, não comprovando, através de qualquer meio, a tese alegada na peça de ingresso.

Fragmento 32 (p. 11)

Proposições

67. O juízo julga que o Reclamante não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus de provar a existência dos requisitos que ensejem a indenização por danos morais.

Análise

Não há inferência a se fazer em relação à proposição 67. Entretanto, esta é a referência 2 ao ônus da prova (apresentada nas proposições 64 e 67).

A única testemunha a abordar, ainda que superficialmente, o tema foi o senhor Wellington, que, entretanto, apresentou respostas genéricas, desprovidas de credibilidade, em um depoimento que se revelou frágil.

Fragmento 33 (p. 12)

Proposições

68. O juízo entende que a única testemunha abordou o tema superficialmente, apresentando respostas genéricas, desprovidas de credibilidade, em um depoimento que se revelou frágil.

Análise

Não há inferência a se fazer em relação à proposição 67; a não ser de que esta necessitava vir acompanhada de outras proposições, que indicassem como de fato se configurou o depoimento. Como por exemplo: perguntado sobre..., a testemunha respondeu...; ao responder sobre ..., a testemunha foi evasiva, limitando a dizer que...

Ausente a comprovação de ocorrência de agressão a direito da personalidade, o pleito de pagamento de indenização julgo improcedente por danos morais.

Fragmento 34 (p. 12)

Proposições

69. O juízo entende estar ausente a comprovação de ocorrência de agressão a direito da personalidade.

70. O juízo julga improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Análise

Não há o que se inferir da proposição 45, a não ser que os argumentos apresentados no texto da sentença, são frágeis em conduzir a esse desfecho.

Considerações finais

A partir da análise de sentenças que decidiram pela improcedência da indenização pelo assédio moral no ambiente de trabalho, esta pesquisa buscou identificar dois pontos: a) se há nas sentenças analisadas a ausência ou não de argumentação e fundamentação, ou se estas foram tratadas de forma deficitária; b) se nas sentenças analisadas a argumentação jurídica e/ou a fundamentação validam elementos que estimulem a prática do assédio moral. A análise permitiu se chegar aos seguintes resultados:

1. Argumentação e fundamentação frágeis – Nas três sentenças analisadas, observou-se que todas citam alguma doutrina sobre o tema, sem mencionar as fontes e nenhuma faz referência à jurisprudência. A menção à legislação também praticamente inexistente; no Processo A faz-se uma única referência, no caso, à CLT; já o Processo B não faz nenhuma referência; enquanto o Processo C, menciona a CF, a CLT e o Código Civil e de Processo Civil. Não citar as referências, pouco ou nada se embasar na legislação e deixar de consultar a jurisprudência pertinente, reduz a possibilidade de se ter um maior entendimento sobre o tema; assim como a força ou aceitação da decisão. Ocorre que algumas argumentações se mostram soltas, sem conexão lógica daquilo que se decide na sentença, mas em quase sua totalidade apresenta proposições que não provocam dissonância com o leitor. Ou seja, em uma leitura mais descuidada, o que se vê são fragmentos de doutrina, que lidos isoladamente, seriam válidos e, em geral, nada polêmicos. O que leva o leitor, ao ler a decisão, entender ser também ela válida.
2. Depoimentos e testemunhos truncados no texto da sentença – Em relação a depoimentos e testemunhas, o que se observa, a exemplo da negativa da Reclamada no Processo A, e da testemunha do Processo C, é que as falas não são apresentadas no texto da sentença. Simplesmente se salta para a constatação, exemplo: a Reclamada nega as acusações; ou a testemunha apresentou respostas genéricas, sem nem mesmo indicar quais foram as perguntas, muito menos o que falou a testemunha.

3. Validação de argumento testemunhal que contraria a lógica, em desfavor do autor – No caso em específico, a testemunha do Reclamante disse que não haveria punição, se o empregado se negasse a fazer hora além da sua jornada; para em seguida dizer que, ainda assim, o empregado sofreria ameaça de demissão. Pois bem, caso o fato não fosse esclarecido no próprio testemunho, a lógica seria descartar os dois argumentos. Entretanto, considerou-se o argumento que beneficiava o Reclamado.
4. A sentença denota que pode ter havido um julgamento antecipado em desfavor do autor – Outro ponto a merecer destaque, é julgamento antecipado da lide, em desfavor do autor. Antes mesmo de apresentar na sentença os depoimentos e testemunhos, se informa que o autor não se desincumbiu da prova. Também se observa uma exposição recorrente de que o autor tem o ônus da prova.
5. Apresenta argumentos que podem inibir o Reclamante a buscar por seus direitos – Não é razoável que ao se ajuizar uma ação por assédio moral, o Reclamante seja alvo de um argumento de que, se for reconhecido o assédio, ele pode vir a responder por um crime, justo por cumprir uma ordem que atenta contra o meio ambiente, que foi uma das formas de agressão que alegou ter sofrido.
6. Desqualificar o assédio moral individual, por reconhecer que a conduta nociva atinge a um grupo e não somente ao Reclamante – Lamentavelmente trata-se de um equívoco recorrente. Entretanto, uma situação não anula a outra.
7. Desqualificar o assédio moral por conta de a conduta nociva também ferir outras esferas de direito – Da mesma forma que fazer alusão de que também foi praticado um crime ambiental, não tem o condão de desqualificar o assédio moral contra o trabalhador; o fato de haver clientes sendo lesados em seus direitos de consumidor, também não deve desqualificar a ocorrência do assédio moral.
8. Tentar desqualificar o assédio moral colocando os holofotes no crescimento e desafios da economia, na produtividade e no lucro das empresas – Compete à justiça do trabalho fazer frente às distorções do mercado, em defesa do trabalho decente, o combate e o enfrentamento ao assédio moral precisam fazer frente.
9. Desconsiderar a probabilidade do assédio moral sob a responsabilidade objetiva da empresa, quando não há comprovação da responsabilidade subjetiva do empregado ou preposta da empresa, investigado pela prática do assédio moral.

Pelo exposto, pode-se concluir que a pesquisa indica que, nas sentenças analisadas, a argumentação jurídica e a fundamentação validam elementos que tornam a atuação do Judiciário insuficiente para desestimular a prática do assédio moral.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 6. ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALMEIDA, Pedro Lucas Formiga; VIEIRA, Anderson Henrique; ALMEIDA, Lívia Oliveira. Direito e linguagem: uma análise dos discursos legitimadores de assédio moral institucional nos acórdãos do TST. *Ciências Sociais Aplicada em Revista*, v. 26, n. 46, p. 319-341, julho-dezembro, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.48075/csar.v26i46.30719>. Acesso em: 18 jul. 2024.

ALVIM, Teresa Arruda. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. MSC 86/2023. *Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais. Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho, assinada em Genebra, em 21 de junho de 2019, durante a 108ª Conferência Internacional do Trabalho*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2351227>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 14 jul. 2024.

CGU. Controladoria Geral da União. *Guia Lilás. Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal*. 2023. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/16385/4/Guia_para_prevencao_assedio.pdf. Acesso em: 16 jul. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Em três anos, Justiça do Trabalho julgou mais de 400 mil casos de assédio moral e sexual*. 2024. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/em tres-](https://www.cnj.jus.br/em-tres-)

[anos-justica-do-trabalho-julgou-mais-de-400-mil-casos-de-assedio-moral-e-sexual/](#).

Acesso em: 16 jul. 2024.

COLARES, Virgínia. Direito fundamental à imagem e os jogos de linguagem: análise crítica do discurso jurídico. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 1, n. 12, 28 abr. 2017. Disponível em:

<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2677>.

Acesso em: 20 jul. 2024.

COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. *ReVEL*, v. 12, n. 23, 2014. Disponível em: <http://revel.inf.br/files/f525d6e5fc06a7b03d654d92f278ae97.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

COLARES, Virgínia. Análise crítica do discurso jurídico: os modos de operação da ideologia. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v. 1, n. 12, p. 332-355, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4b4984066015df12>. Acesso em: 20 jul. 2024.

DIDIER JR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 19 jul. 2024.

FAVARETTO, Cícero. *A tríplice função do dano moral*. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-triplice-funcao-do-dano-moral/113638468>. Acesso em: 16 jul. 2024.

GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 21, 2005. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=06cd2f0b-9f914fe7-80d5-5d4ad46715a4&groupId=10136. Acesso em: 20 jul. 2024.

GUEDES, Márcia Novaes. Mobbing – violência psicológica no trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 2, ano 67, p. 162-165, fev. 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho. Redefinindo o Assédio Moral*. Trad. Rejane Joanowitz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

JUSBRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Leymann, Heinz. Mobbing and psychological terror at workplaces. *Violence and Victims*, v. 5, n.2, p. 119-126, 1990. Disponível em: [http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990\(3\).pdf](http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(3).pdf). Acesso em: 10 jul. 2024.

MOTTA, Otávio Luiz Verdi. *Justificação da decisão judicial: a motivação e o precedente*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/183812/000937287.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 jul. 2024.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *Assédio moral no ambiente do trabalho*. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Assédio Moral*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 73, n. 2, p. 25-45, abr-jun. 2007. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2309/002_peduzzi.pdf?sequenc e=5&isAllowed=y. Acesso em: 14 jul. 2024.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região). *Ação Trabalhista – Rito Ordinário 0000368-26.2022.5.06.0008*. Recife: Tribunal Regional do Trabalho (6. Região), [2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-6/1930743013/inteiro-teor-1930743014>. Acesso em: 21 jul. 2024.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região). *Ação Trabalhista – Rito Ordinário 0000773-47.2022.5.06.0401*. Araripina: Tribunal Regional do Trabalho (6. Região), [2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-6/1805102978/inteiro-teor-1805102979>. Acesso em: 20 jul. 2024.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região). *Ação Trabalhista – Rito Ordinário 0000567-13.2020.5.06.0010*. Recife: Tribunal Regional do Trabalho (6. Região), [2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-6/1292588229/inteiro-teor-1292588232>. Acesso em: 21 jul. 2024.

PESSÔA DE OLIVEIRA, Giovanilza Maria. Restaurando a alma do elefante: o enfrentamento ao assédio moral no ambiente de trabalho, através da judicialização. *Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da Sexta Região*, Recife, v. 4, n. 6, p. 178-222, jan./jun. 2024. Disponível em: https://ensino.trt6.jus.br/ej/pluginfile.php/15176/course/section/1831/Revista_EJ_n6_2024.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 154, abr-jun. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/781/R154-16.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. *A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões contra legem*. In: *Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, 2011. p. 154-171.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. *Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral. Pare e Repare – Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo*. Secretaria de Comunicação Social do TST. 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>. Acesso em: 18 jul. 2024.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 11/08/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 20/12/2024

Publicado em 29/12/2024

A aplicação coordenada das teses firmadas nos temas 452 do STF e 955 do STJ para afirmação da previdência complementar como direito fundamental³⁴

The coordinated application of theses signed in themes 452 of the STF and 955 of the STJ for the affirmation of the supplementary social security as a fundamental right

Edilson Enedino das Chagas³⁵

<https://orcid.org/0009-0005-8419-7369>

edilson.chagas@tjdft.jus.br

Resumo

No presente artigo, a proposta – diante da centralidade dos direitos fundamentais e sua complexidade nas democracias modernas (poliarquias) – é evidenciar a previdência complementar como direito social fundamental, regulamentado em microsistema autônomo, sendo imperioso ao operador do direito, mesmo em caso de judicialização, atentar-se para a estabilidade de tal microsistema. A objetivização das demandas em caso de RE com repercussão geral ou REsp afetado pela sistemática dos repetitivos aproxima tais demandas dos *hard cases* norte-americanos. Diante do princípio da colegialidade, sobretudo em acórdãos firmados pela maioria, possível enxergar nas razões de decidir ideologias diferentes a subsidiar fundamentos correlatamente diversificados. A tese firmada poderá encontrar ou não receptividade para fora do meio jurídico (teoria dos diálogos institucionais e da reputação judicial). Elegeu-se para estudo o julgamento do Tema 452 do STF e do Tema 955 do STJ, recomendando-se a aplicação coordenada das teses, por meio da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática, de modo a reafirmar a previdência privada complementar fechada como direito fundamental e, assim, promover a estabilidade dos planos prospectivamente afetados.

Palavras-chave: poliarquia; direitos fundamentais; previdência complementar; judicialização; diálogos institucionais.

Abstract

In this article, the proposal – given the centrality of fundamental rights and their complexity in modern democracies (polyarchies) – is to highlight the complementary pension as a fundamental social right, regulated in an autonomous microsystem, being imperative to the operator of the law, even in case of judicialization, pay attention to the stability of such a

³⁴ Artigo apresentado como trabalho de conclusão da disciplina “A Democracia”, Professor Ministro Luiz Roberto Barroso, do Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, 2024.

³⁵ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, titular da 23ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília – Distrito Federal; Professor Universitário do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos e do Centro Universitário de Brasília, titular da cadeira de Direito Empresarial e da Escola da Magistratura do Distrito Federal, nas cadeiras de Direito Empresarial e Civil; Mestre e Doutor em Direito e Políticas Públicas, pelo Centro Universitário de Brasília.

microsystem. The objectification of demands in case of RE with general repercussion or REsp affected by the repetitive system brings such demands closer to North American hard cases. Bearing in mind the principle of collegiality, especially in judgments signed by the majority, it is possible to see in the reasons for deciding different ideologies to subsidize correlatedly diversified foundations. The signed thesis may or may not find receptivity outside the legal environment (theory of institutional dialogues and judicial reputation). The judgment of Theme 452 of the STF and of Theme 955 of the STJ was chosen for study, recommending the coordinated application of theses, through the technique of weighting and the principle of practical agreement, in order to reaffirm the closed supplementary private pension as a fundamental right and, thus, promote the stability of prospectively affected plans.

Keywords: *polyarchy; fundamental rights; complementary pension; judicialization; institucional dialogues.*

1 Introdução – A democracia brasileira como poliarquia

O entrelaçamento lógico entre as noções de Estado de Direito, Constitucionalismo e Democracia tem como fundamentação teórica a concepção de limitação do poder político, alcançada e alçada a novo paradigma por meio das revoluções americana e francesa do século XVIII, primeiramente, mas também por meio do refinamento de princípios basilares como o da separação dos poderes, especificação e coexistência entre o poder constituinte e poder constituído, democracia procedimental ou representativa e controle judicial da constitucionalidade das leis,³⁶ principiologia incorporada pelo texto de nossa Constituição Federal.

A afirmação de um regime político como mais ou menos democrático, de acordo com a tipologia de Robert Dahl, pode ser mensurada pela acomodação ou amplitude da disputa do poder político e da liberdade da oposição contestar as decisões do governo, bem assim da receptividade ou não do sufrágio universal.³⁷ E, disso, a análise dos processos de democratização dos países mundo afora, sendo que especificamente em relação ao Brasil, que se inclui na realidade latino-americana, houve, paulatinamente, a migração do regime autoritário (hegemonia fechada) para uma hegemonia inclusiva, no sentido da admissão da participação da maioria nas disputas eleitorais e depois a aceitação de que houvesse uma oposição livre ao governo, rumo ao que se denominou de “poliarquia”, termo entendido como o governo representativo de múltiplas minorias ou grupos de pressão com interesses

³⁶ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

³⁷ JORGE, Vladimyr Lombardo. Regimes Políticos. In: Ferreira, Lier Pires (org.). *Curso de Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 212-213.

que sobrepõem ou se contrapõem,³⁸ mais adequado do que o termo democracia, próprio da democracia grega da Antiguidade, sem correspondência ou possibilidade de transposição para a modernidade, diante da constatação de que o governo do “povo” ou em prol do “bem comum” pode assumir interpretação diversificada, eis que tal vocábulo e locução possuem “significados diferentes para os indivíduos e os grupos” (conforme teorizou Joseph Schumpeter).³⁹

Perceptível, assim, que o Brasil, ao longo de sua história, experimentou “ondas democráticas”, que culminaram com a promulgação da Carta da República de 1988, sendo de se aplaudir e de se concordar com a análise de quem vivenciou a superação do regime de exceção (1964 – 1985) para um período em que *a Constituição vige com supremacia, há liberdade partidária, eleições livres em todos os níveis, liberdade de imprensa e uma sociedade politicamente reconciliada*⁴⁰.

Por outro lado, como pondera Vladimir Lombardo Jorge, ainda que o processo de redemocratização fomenta expectativas otimistas, as democracias ou poliarquias possuem limitações e “não promovem necessariamente mais justiça social”.⁴¹

E isso assim se denota, pois a noção de Bem-Estar Social é complexa, tendo em vista a heterogeneidade de interesses dispersos entre os indivíduos, os sindicatos, os movimentos sociais, os organismos representativos da sociedade civil, os empreendedores e também entre os órgãos e entes a representar o Estado. Há uma gama de demandas sociais reprimidas ou contingenciadas, nem sempre conciliáveis, ao que a Ciência Política denomina de “inflação de demandas”.

O fenômeno “inflação de demandas” parece tangenciar ou conciliar-se com a teoria crítica dos direitos humanos, que rechaça a teoria geracional/dimensional, eis que a ideia de um piso vital mínimo de direitos há de ser incentivada e ampliada formal e materialmente – mais do que mera gramática, prática -, de modo à contextualização no mundo real dos princípios pertinentes à universalidade, indivisibilidade, interdependência e integralidade dos direitos humanos, categorizados apenas para fins metodológicos ou didáticos (direitos civis e políticos, direitos econômicos e sociais, direitos de fraternidade e solidariedade,

³⁸ PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 18.

³⁹ JORGE, Vladimir Lombardo, op. cit., p. 215.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁴¹ JORGE, Vladimir Lombardo, *idem*.

difusos relacionados a toda a humanidade), sem que a classificação que se venha adotar possa evitar o *fenômeno da produção de novos direitos, também denominado inexauribilidade dos direitos humanos, para atender a recentes demandas sociais da atualidade*.⁴²

2 Afirmação dos Direitos Fundamentais pelo STF e sua contextualização como Poder Neutral do Estado

Assim, doutrinariamente, a locução Direitos Humanos corresponderia ao amplo espectro de direitos capazes de materializar a dignidade do ser humano⁴³ e, em teoria, poder-se-ia falar em direitos – repise-se – por categoria, contextualizáveis historicamente como conquistas de natureza civil e política, individualizadas, ou sociais e econômicas, coletivamente consideradas, como inclusive positivados internacionalmente, no Sistema Global ou Internacional de Direitos Humanos, primeiro com a célebre Declaração de 1948 – sem caráter vinculativo, soft Law, de caráter pedagógico ou interpretativo (com o que concordamos) – diante das dificuldades de aplicabilidade dos princípios nela enunciados – a reforçar indiretamente a ideia de que essencialmente a validar o direito internacional estaria o consenso de nações soberanas, não podendo a referida declaração ser considerada um tratado, pois, formalmente, foi aprovada por uma Resolução e, por isso, a Declaração de 1948 (apesar de sua importância histórica) não se tratou de um documento de força jurídica obrigatória.

Tanto isso é fato que apenas 20 (vinte) anos depois houve a juridicização do conteúdo da declaração por meio dos Tratados de 1966, respectivamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. A tensão política e econômica do período da denominada guerra fria (oriunda da bipolarização entre os então rivais Estados Unidos e União Soviética e seus correlatos aliados) justificou um duplo critério para a aplicabilidade das duas categorias enunciadas, o que esmaeceu a contextualização do princípio da indivisibilidade. Para os direitos civis e políticos – aplicação imediata; para os direitos sociais, econômicos e culturais – aplicação progressiva.

⁴² RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

De se destacar, que a internacionalização dos direitos humanos contextualizada após as Grandes Guerras Mundiais se espalhou globalmente, mas também regionalmente, destacando-se – para os fins do presente comentário diante da posição geográfica do Brasil – a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) em vigor desde 1978.

A propósito, no Brasil, os Tratados acima somente foram internalizados após a promulgação da Constituição de 1988, no Governo Collor, por meio dos Decretos 591 e 592, ambos de 6 de julho de 1992 (proteção global) e Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Nitidamente, percebe-se que houve uma engenharia jurídica diversificada, no plano internacional e interno, para a acomodação formal de um mesmo rol de direitos, razão porque acertada a corrente que defende a existência de ordens jurídicas paralelas (interna e internacional), inclusive, diante dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil com outros países.

Em tal perspectiva, conforme ensina Ingo Sarlet⁴⁴, a depender do documento de positivação de um direito específico, como foi o caso do denominado “tempo razoável do processo” poderá haver a não coincidência de um direito humano internacional (positivado em convenção internacional, previsto no art. 8º, da Convenção Interamericana), mas ainda não positivado na lei máxima de determinado país (isto é, não positivado na Constituição de tal país). Assim, no Brasil, o “tempo razoável do processo” somente foi alçado formalmente à condição de direito fundamental, quando positivado na Constituição Federal de 1988 (LXXVIII, de seu art. 5º), por meio da Emenda Constitucional 45/2004.

Um outro exemplo corresponde à Previdência Social (direito humano explicitado no art. 9º, do Protocolo Adicional da Convenção Interamericana), mas também direito social fundamental inscrito no art. 6º, *caput*, de nossa Constituição Federal. Na verdade, tal direito se compreende no gênero “seguridade social”, que deverá ser implementado e ampliado por *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* (art. 194, *caput*, da CF).

A densidade jurídica do conjunto acima reclamou a regulamentação dos direitos correlatos e suas derivações como microssistemas paralelos (sistema multipilar como será

⁴⁴ *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

comentado), sendo que a amplitude das prestações dos serviços, seja diretamente, seja de forma suplementar ou complementar, apesar da previsão formal dos microsistemas e da prestação material dos serviços pelo Estado e pela Iniciativa Privada, premente a necessidade de melhorias periódicas, e de tal tensão, naturalmente, o segurado/usuário/consumidor/contratante, pontualmente e na perspectiva da defesa de seus direitos pautada na insuficiência ou na necessidade de correção dos serviços prestados, promoverá a judicialização dos direitos sociais afetados, fenômeno comum e corriqueiro no Brasil, ecoando como efeito do que o professor Luís Roberto Barroso denominou como *sindicabilidade judicial das normas constitucionais, inclusive e sobretudo, as que consagram direitos fundamentais*, afirmando-se e apregoando-se, portanto, o princípio da força normativa da Constituição Federal ⁴⁵ e a eficácia direta e imediata dos direitos nela enunciados.

As vicissitudes históricas, políticas, sociais e, sobretudo, econômicas de cada país estarão a condicionar e a dar concretude às dimensões múltiplas dos direitos humanos, sendo possível mensurar a amplitude de tais direitos, por exemplo, por meio do IDH, a revelar a complexidade de um piso vital mínimo de direitos (sinônimo para o conceito jurídico indeterminado de dignidade da pessoa humana), diante dos critérios para a medição proposta: expectativa de vida ao nascer, grau de escolaridade e renda per capita, para acesso a serviços básicos. Invariavelmente, o monitoramento e a melhoria do referido índice deverão ser aplaudidos e incentivados, o que significa que – paralelamente – eventuais violações aos direitos humanos deverão ser denunciadas e combatidas.

Há que se fazer referência também aos Planos Nacionais de Direitos Humanos que se sucederam e do aperfeiçoamento das políticas públicas correlatas, sendo necessário o diagnóstico dos avanços e eventuais retrocessos, periodicamente, celebrando-se as conquistas, mas também apontando a necessidade de eventuais correções.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao comentar os 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, ponderou que o destaque maior das conquistas percebidas se deveu ao papel emblemático do STF na afirmação dos direitos fundamentais, rememorando decisões importantes a conformar um “saldo [...] extremamente positivo”, eis que *poucos países do*

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 193.

*mundo têm um número tão expressivo de decisões progressistas e civilizatórias em tema de direitos fundamentais.*⁴⁶

Apesar do saldo positivo, S. Ex^a. também ressaltou *nenhum tribunal do mundo acerta todas. Até porque a verdade não tem dono e há diferentes pontos de observação da vida.*⁴⁷

O acerto ou desacerto das decisões do STF, bem assim dos demais Tribunais Superiores, com destaque para o STJ, pode ser correlacionado com a receptividade ou não das decisões correlatas fora do meio jurídico, pois a linguagem jurídica não se deverá restringir à subsunção dos comandos abstratos dos textos legais aos fatos noticiados, mas se deverá justificar pela interpretação ampla, sem o isolamento da linguagem jurídica. A vida social se entremeia de linguagens paralelas, não necessariamente excludentes:

[...] uma abordagem do direito pela via da semiótica segue a linha da assunção da premissa de que na vida social existem diversas linguagens. Toda a sociedade é composta por diversos códigos sociais, entre os quais se encontra o código do direito. O direito forma, por isso, no conjunto da vida social, uma linguagem entre linguagens, e, por isso, também se serve de diversas linguagens sociais, além de interagir com as demais linguagens sociais. Essa ideia não implica no encerramento da linguagem do direito sobre si mesma, mas implica na ideia de que o direito serve, muitas vezes, como elemento de consolidação da possibilidade de preservação das linguagens e da racionalidade no convívio social. Sem diálogo social não há direito.⁴⁸

Por esta mesma linha de raciocínio, como veremos no último tópico deste artigo, a receptividade de decisão de mérito do STF em sede de repercussão geral poderá confirmar sua importância como Poder de equilíbrio entre os demais Poderes, ao passo que a não receptividade poderá contextualizar uma crise de legitimidade institucional, diante da eventual ausência do diálogo das razões de decidir daquela Corte Constitucional com outras instituições componentes da República, o que seria paradoxal, pois as decisões do Supremo Tribunal Federal (órgão teoricamente infenso *ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais*, nos termos da Teoria dos Poderes Neutrais do Estado)⁴⁹ deveriam

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998, p. 45. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

fomentar o *equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário*.⁵⁰

3 Aproximação entre os hard cases norte-americanos e os recursos extraordinários com repercussão geral

Diante da internacionalização dos direitos fundamentais⁵¹, fenômeno que aproximou os textos constitucionais, ao menos principiologicamente⁵², possível correlacionar e comparar os denominados *hard cases* norte-americanos com os recursos extraordinários em que haja o reconhecimento de repercussão geral. Em consequência, passíveis de aproveitamento em nosso sistema jurídico as técnicas utilizadas para interpretação do texto constitucional nos Estados Unidos, de modo a investigar a receptividade dos acórdãos do STF no âmbito do Brasil, para além do meio jurídico.

Por amostragem, elegeu-se para fins de contextualização da presente proposta o julgamento do Tema 452 do STF, em que firmada a tese seguinte: *É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição*.

A previdência privada complementar congrega interesses que se sobrepõem, sendo temerária eventual cognição judicial sobre o tema, de forma reduzida, sem que se projetem os efeitos da decisão judicial em relação a todos os eventuais atingidos por seus comandos. No direito norte-americano, fenômeno semelhante se iniciou já no final da década de 1960, quando se propunham ações não mais para a definição de interesses meramente privados, mas sim interesses privados com reflexos em relação a um determinado grupo de pessoas e,

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 235.

⁵¹ A professora Flávia Piovesan, destacando a centralidade dos direitos humanos, diz da concorrência de jurisdições, do controle não só de constitucionalidade, mas também de convencionalidade; informa a emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no State approach à permeabilidade do trapézio centrado no Human rights approach. Temas de Direitos Humanos. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo de jurisdições*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115 e 114.

⁵² GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 2.

assim, repercussão social, transformando-se as bases do contencioso, de adversarial privatístico, para um “contencioso público”:

O aparecimento do modelo do 'contencioso de interesse público' – No modelo clássico do processo do *common law* o litígio fica limitado às partes privadas. O contencioso é bipolar: dois litigantes – e somente dois – se opõem em um confronto no qual os ganhos de um equivalem automaticamente às perdas do outro. Os contornos da ação são nitidamente delimitados, simultaneamente no tempo (porque a sentença do julgamento resolve definitivamente a questão) e quanto a seus efeitos (a autoridade da coisa julgada, a *res judicata*, é restrita às duas partes do processo). Enfim o processo é pilotado do início ao fim pelas próprias partes e seus conselhos livremente escolhidos. Neste modelo o juiz é um árbitro neutro, à distância.

Por volta do final dos anos 1960 e início dos anos 1970 se produziu nos Estados Unidos uma pequena revolução jurídica que transformou profunda e duravelmente ao mesmo tempo a estrutura do processo e a função de julgar. Esse fenômeno foi batizado de 'direito de interesse público' (*public interest law*) ou 'contencioso de direito público' (*public law litigation*). As cortes federais foram progressivamente chamadas não apenas para decidir controvérsias clássicas (contratuais ou extracontratuais) entre particulares, como para gerenciar em profundidade pesadas ações coletivas ou para supervisionar as reformas estruturais de certas administrações.

No modelo de 'contencioso de interesse público', o objeto do conflito não é mais uma controvérsia entre particulares, mas, sobretudo, queixas relativas à oportunidade, à implantação ou à avaliação de políticas no mais das vezes públicas, mas que, com frequência, dizem também respeito às grandes empresas (*organismos de gestão de poupança, fundos de pensão, associações de grande porte que se envolvem na vida de um grande número de pessoas ...*). *O panorama político muda por completo. As pessoas que participam do processo e o objeto do litígio tornam-se amorfos: seus contornos são vagos porque são definidos ad hoc, à medida que o contencioso se desenrola, e não respondem a critérios jurídicos estritos e precisos. Os efeitos dos atos processuais ultrapassam frequentemente as intenções de seus autores e repercutem em miríade de relações jurídicas, às vezes exteriores ao processo. Essas mudanças influem por sua vez em outras relações jurídicas e assim por diante, de forma que é cada vez mais difícil fixar com precisão a data do fim do processo, ou as partes que serão ligadas pela autoridade da coisa julgada.*⁵³ (sublinhou-se).

A repercussão social do “contencioso público” norte americano guarda sintonia com o conteúdo do conceito jurídico indeterminado⁵⁴ ⁵⁵do que venha a se entender por repercussão geral no caso brasileiro, ou, ainda, para aproveitarmos a redação do art. 543, § 1º, do CPC de 1973, em ambos os casos, percebem-se *questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico*.

⁵³ GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. Op. cit. p. 199-200.

⁵⁴ NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão Geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 243.

⁵⁵ ALVIM, Arruda. A emenda constitucional 45 e a repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 63-99.

Antes do breve comentário sobre o conteúdo dos votos colhidos no julgamento do RE, a categorização das razões de decidir correlatas de modo a acomodá-las às impressões da doutrina norte-americana precisa da explanação sobre duas teorias aparentemente rivais: a teoria pragmática de Posner e a teoria da integralidade do direito de Dworkin.

4 A teoria pragmática de Posner

O Juiz norte-americano Richard A. Posner (juiz do tribunal de apelação para a 7ª Região) ao tecer comentários sobre a teoria constitucional critica os métodos convencionais de cognição judicial, de “cima para baixo”, ao se referir à construção jurisprudencial, que de certo modo ultima por enrijecer-se, priorizando, às vezes, mais uma cultura jurídica enraizada do que a solução efetiva dos conflitos. Afirma as limitações de tal método. Por suas palavras:

[...] o significado da ideia de raciocinar 'de' um caso a outro, cerne do raciocínio jurídico de baixo para cima, também é obscuro. Soa como indução, método que, de Hume a Popper, causou sérios problemas para os filósofos. Grande parte do chamado raciocínio por analogia no direito é, na verdade, uma forma indireta de raciocínio lógico. Os casos são usados como fonte de fatos e ideias interessantes e, portanto, como matéria-prima para a criação de teorias que possam ser aplicadas, por dedução, a novos casos. Mas não (espera-se) como matéria-prima exclusiva para a criação dessas teorias. Isso excluiria, injustificadamente, áreas inteiras do conhecimento [...]⁵⁶

Posner também se contrapõe ao que denominou de raciocínio de “baixo para cima”, por se tratar de técnica que pode ser manipulada pelo jurista sem critérios precisos, sendo-lhe conveniente ora uma interpretação restritiva, ora uma interpretação extensiva do direito positivo, o que sujeitaria o jurisdicionado a um decisionismo⁵⁷ incompreensível. Critica, especificamente, o pensamento de Dworkin⁵⁸, salientando o pouco interesse do autor pelo texto da Constituição norte-americana, inclinado a construir uma teoria jurídica como base em princípios, de abertura conceitual prejudicial, pois a falta de critérios para a ampliação de sentido do texto constitucional redundaria, em situações extremas, em insegurança jurídica e decisões injustas. Interpreta o indireto desprezo de Dworkin citando trecho da obra deste: [...] *'um Estado não de homens e mulheres, ou mesmo regido pelo direito, mas um*

⁵⁶ POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 184.

⁵⁷ Em sentido semelhante, a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁸ Filósofo e professor de Teoria Geral do Direito, falecido 2013.

*Estado regido por princípios', princípios concebidos pela Suprema Corte em nome da Constituição*⁵⁹. Declara sobre tal método de decidir:

No raciocínio de cima para baixo, o juiz, ou outro analista jurídico, inventa ou adota uma teoria sobre algum campo do direito, quiçá sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos decididos, bem como para inventar justificativas para estes, ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria e com os casos por esta revestidos de autoridade. A teoria não precisa – talvez nunca possa – ser extraída do 'direito', e certamente não precisa ser articulada em jargão jurídico.⁶⁰

Posner, citando precedentes norte-americanos, continua suas observações e diz que existem duas possibilidades do uso do raciocínio de “cima para baixo”, uma interpretação extensiva, de parte do texto constitucional, “cláusula a cláusula”, ou uma interpretação mais ampla ainda, “holística”. Para superar, segundo argumenta as incoerências conceituais dos raciocínios de “cima para baixo” e de “baixo para cima”, propõe sua abordagem e análise pragmática do direito em geral e do texto constitucional em particular. Informa que uma solução adequada para determinado caso perpassará pela análise do direito positivo, porém considerando-se os efeitos e as implicações sociais e a repercussão da cognição na realidade do jurisdicionado. Pronunciamentos judiciais marcados pela realidade em que se deve inserir o julgador, plasmando o ato de decidir em ato de sensibilidade, experiência, de diálogo, da mescla de teorias que não se alberguem estritamente no hermetismo jurídico, mas que se espraíem por outros campos do saber, como, por exemplo, a Economia⁶¹. Em casos difíceis defende:

Naturalmente, um juiz não deve valer-se da liberdade advinda de seu cargo para tentar, em larga escala, impor à nação, em nome da Constituição, as visões de São Tomás de Aquino acerca do direito natural, ou então às de Herbert Spencer, ou ainda a filosofia utilitarista de Bentham, ou mesmo a de Mill. A tolerância e o entendimento são virtudes importantes no ato de julgar. Mas as visões filosóficas, religiosas, econômicas e políticas de um juiz devem orientá-lo nos casos situados naquelas áreas indeterminadas nas quais ele possui poder discricionário para tomar decisões. Afinal, de que outro modo se decidirão esses casos? Os valores subscritos por todos os indivíduos sensíveis e racionais de nossa sociedade são delicados demais para resolver os casos difíceis. Não se deve exagerar o perigo de tirania por parte dos juízes. A heterogeneidade de nossa sociedade, refletida na composição do Judiciário, impede-os de transformar em lei doutrinas gerais. Os juízes do Tribunal Recursal julgam em órgão colegiado, logo, em casos complicados, o voto vencedor geralmente representa um acordo entre doutrinas gerais.⁶²

⁵⁹ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 186.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 184.

⁶¹ *Ibidem*. p. 204-209.

⁶² *Ibidem*. p. 210.

Pela abordagem de Posner há um espaço de indeterminabilidade do direito, o que explicaria a divergência de doutrinas e que, para uma mesma questão jurídica poderá haver mais de uma resposta correta sem excluir outros caminhos de solução.

5 A teoria da integralidade do direito de Dworkin

Dworkin, por meio de sua teoria da integralidade do ordenamento jurídico, faz reservas ao pragmatismo, por entender que, de forma sub-reptícia, a abordagem defendida por Posner apenas substituiria o dogmatismo jurídico pelo político, o que não se deve apoiar, pois o direito acaba por resignificar a realidade por meio da atividade dos juízes e que a argumentação jurídica seria suficiente para acomodar o moralmente aceitável pela sociedade. O sistema jurídico se alimentaria da articulação sistemática da atividade jurisdicional, sendo possível superar eventual divergência jurídica por meio da interpretação e de uma “leitura moral” da Constituição Federal (“constituição política”):

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a 'liberdade de expressão'. A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.⁶³

Dworkin sustenta que fora da leitura moral – interpretativa-constitutivista -, sobraría uma leitura originalista do texto constitucional, para acomodar muitas vezes interpretações de um constitucionalismo “morto”, que não se presta a decisões justas. Assim, a legitimidade das decisões judiciais será mensurada pela correta interpretação do fenômeno jurídico, que deverá guardar sintonia com a norma-princípio eleita para iluminar a solução do caso concreto:

É evidente que a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém. A Constituição norte-americana inclui muitos artigos e dispositivos que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais. O Artigo II, por exemplo, especifica que o Presidente ter pelos menos trinta e cinco anos de idade; e a Terceira Emenda estabelece que o Estado não pode aquartelar soldados nas residências de civis em tempo de paz. Este último dispositivo pode até ter sido inspirado por um princípio moral. Os que o inscreveram e o homologaram podem, por exemplo, ter querido dar efeito a um princípio que protegesse o direito dos cidadãos à privacidade. Mas Terceira Emenda não é em si mesma um princípio moral: seu conteúdo não é um princípio geral de privacidade. Assim, o primeiro questionamento da minha interpretação dos dispositivos abstratos pode ser formulado deste modo: de que provas ou

⁶³ DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. CIPOLLA, M. B. Rev. MUÑOZ, A. A. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.



argumentos disponho para afirmar que o dispositivo de igualdade de proteção da Décima Quarta Emenda (por exemplo), que declara que nenhum estado pode negar a nenhuma pessoa a mesma (*equal*) proteção da lei, tem como conteúdo um princípio moral, embora a Terceira Emenda não tenha?

Trata-se de uma questão de interpretação ou, se preferir, de tradução. Temos de procurar encontrar uma linguagem nossa que capte da melhor maneira possível e em termos que nos pareçam claros o conteúdo que os 'autores' quiseram dizer. (Os estudiosos da Constituição usam a palavra 'autores' (*framers*) para designar, de maneira um tanto ambígua, as diversas que redigiram e aprovaram um artigo ou dispositivo da constituição [...]. Em segundo lugar, mas na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplina pela exigência de integridade constitucional [...] Como eu disse, a primeira estratégia alternativa aceita a leitura moral. A segunda alternativa, a chamada estratégia 'originalista' ou da 'intenção original', não aceita. A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer. O originalismo insiste em que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, e isso, como eu já disse, é uma coisa completamente diferente.⁶⁴

Posner entende que os princípios morais são volúveis, pois devem ser contextualizados culturalmente. Além disso, considera que a teoria moral se fundou num moralismo meramente acadêmico, sem suporte empírico para solução adequada dos litígios do mundo real. Posner explica que o pragmatismo jurídico não se confunde com um utilitarismo cego, pois para além das consequências, as decisões dos juízes deverão pautar-se pela razoabilidade^{65, 66}

Dworkin, por sua vez, entendia a visão pragmática como uma ameaça à integridade do direito, ultimando por impor aos Juízes uma atuação discriminatória, no sentido de eleger alguns direitos e, indiretamente, desprezar outros.⁶⁷

Argumentou que a indeterminabilidade do direito não se confunde com a certeza da declaração de acerto de tal direito. Criticou, assim, a visão cética dos pragmáticos, que discutem haver ou não objetividade no pensamento interpretativo. Ao invés de respostas múltiplas e corretas – a depender do recorte que se faça da realidade – para um determinado problema, tais respostas “certas” poderão estar carregadas de argumentos externos à prática jurídica, diferentemente de uma interpretação coerente, que *dada a complexidade do*

⁶⁴ *Idem.* p. 12-59.

⁶⁵ POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory.* *Harvard Law Review*, v. 111, p. 1637-1717, 1998d.

⁶⁶ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003a, p. 45.

⁶⁷ *Objectivity and Truth: You'd better believe it.* *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

material jurídico existente, os juízes irão concluir [...] que, pesados todos os prós e contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso.^{68 69}

6 O efeito prospectivamente vinculante e expansivo do julgamento de RE com repercussão geral

O ato de cognição judicial, como ato de inteligência, para além de raciocínios verbais e lógicos deveria proporcionar, regra geral, não só a declaração de acertamento do direito material, mas igualmente ao jurisdicionado uma solução prática do problema-fundamento da lide, ou nos termos do atual código de ritos civis, direito de obtenção a uma “atividade satisfativa” (art. 4º, *caput*, do CPC). Apesar disso, a disparidade de entendimentos jurisprudenciais e a demora sobre a definição da declaração de acertamento da questão de mérito, no caso da revisão de benefícios complementares de previdência privada, ao invés de convencer os jurisdicionados e, por consequência, também promover a pacificação dos conflitos correlatos, em sentido inverso, pode causar estranheza e incompreensão. Ou, mais tecnicamente, insegurança jurídica.

E, mesmo após o julgamento de mérito pelo Plenário, considerando a declaração de repercussão geral, o entendimento majoritário no sentido de que houve ofensa ao princípio da isonomia (com sede no texto constitucional), ainda que coincida com a legítima expectativa de revisão e prospectivo aumento dos benefícios em prol dos aderentes do sexo feminino, não afasta a necessidade de discussão paralela de outras matérias contidas no texto da Constituição Federal, como, por exemplo, a previsão de fonte de custeio para que haja a majoração do benefício (art. 195, § 5º, também da CF) e disso, infralegalmente, a investigação sobre a forma pela qual deverá ser recomposta a reserva matemática, para suportar o passivo gerado pela tese firmada.

Além da função de filtro para outros recursos (extraordinários e especiais), o julgamento de mérito do RE deverá ser referenciado em ações futuras sobre a mesma matéria, buscando-se conciliar a autoridade da coisa julgada estabelecida pelo STF com o poder-dever de dizer o Direito das instâncias inferiores. Há um efeito prospectivamente vinculante da tese firmada.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Porém, tal efeito vinculante⁷⁰ e expansivo⁷¹ da tese há de ser aplicado restritivamente, sem impedir, em consequência, o debate e a cognição sobre outras questões relevantes e derivadas da necessidade de revisão do benefício. Assim, em ações novas, o julgamento do mérito da revisão não se imporá sem ressalvas, ainda que a tese majoritária firmada deva ser (com fundamento no princípio da segurança jurídica) observada pelo Juiz de Primeiro Grau.

Retomemos, com as ressalvas acima, a análise dos votos proferidos no julgamento do referido RE e sua aproximação das tipologias de Posner e Dworkin. Eis a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DEVIDA POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PORCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D185-EDFA-B875-0CAF e senha B5A3-079D-D543-6D22 Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão – página 1 de 87. Ementa e Acórdão RE 639.138/RS benéficos às mulheres, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. 2. Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada. 3. Revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição. 5. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (STF. Recurso Extraordinário 639.138/RS. Relator p/ acórdão o Min. Edson Fachin. *DJe* 16/10/2020).

7 A tipologia das razões de decidir de Posner e Dworkin aos votos proferidos no julgamento do RE 639.138/RS

As noções acima expostas sobre a teoria pragmática de Posner, de um lado, e a teoria da integração do direito de Dworkin, de outro, permitem a identificação das razões de decidir, expostas no julgamento do RE 639.138/RS, para categorizar a atuação dos Ministros do STF em alguma das seis abordagens antes destacadas: Para Posner, 1) julgar de forma pragmática; 2) julgar de “baixo para cima”; 3) julgar de “cima para baixo” pela interpretação

⁷⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 300-301.

cláusula à cláusula; 4) julgar de “cima para baixo” de forma holística ou ampla. Para Dworkin: 5) julgar por meio de uma leitura moral da Constituição; 6) julgar de forma conservadora, sem uma interpretação dinâmica do texto constitucional. Passemos a tal análise. De antemão, ainda que por argumentos diferentes, no resultado as abordagens 2 e 6 se aproximam. E do mesmo modo as abordagens 4 e 5.

A análise do mérito do RE acima ementado ocorreu em quatro sessões, respectivamente, em 24/04/2020, 30/04/2020, 07/08/2020 e 17/08/2020. O julgamento ocorreu por maioria de votos (8x2), considerando uma ausência justificada.

Da leitura do inteiro teor do acórdão do RE 639.138/RS, relevante pontuar o entendimento do relator originário daquele RE, o Ministro Gilmar Mendes, que destacou que o regime jurídico pertinente à previdência complementar detém autonomia em relação à previdência oficial, a adesão voluntária da então demandante ao aditivo contratual, que passou a permitir, em caso de aposentadoria proporcional, o percentual inicial de 70% da remuneração complementar, a necessidade de delimitação da fonte de custeio, referenciando-se, expressamente, o art. 202, § 3º, da CF. O voto do ministro Gilmar Mendes, aparentemente, aproximou-se do julgamento de *‘cima para baixo’ pela interpretação cláusula à cláusula*, dando prevalência aos princípios constitucionais da autonomia do regime de previdência complementar e da necessidade prévia de custeio, fazendo-os preponderar sobre a circunstancial quebra de isonomia, estabelecida contratualmente, e apenas aparente, diante da consideração de que homens e mulheres aderentes do plano de benefício complementar poderiam ter o percentual mínimo não coincidente, pois, igualmente, diferente o prazo de contribuição para homens e mulheres.

Em seguida, votou o Ministro Edson Fachin (designado posteriormente relator p/ acórdão), que divergiu da posição do relator originário. Para este Ministro, ainda que independentes os regimes de previdência, argumentou que a discriminação razoável – derivada do princípio da igualdade material – somente seria tolerada em benefício das mulheres, portanto discriminação positiva, não sendo razoável, em sentido contrário, discriminação de gênero que impusesse situação mais gravosa, apoiando seu raciocínio na doutrina norte-americana da Teoria do Impacto Desproporcional, bem como no entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, suas razões de decidir aproximaram-se do julgar de *cima para baixo de forma holística ou ampla e/ou do julgar por meio de uma leitura moral da Constituição*.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, acompanhou o voto divergente, ao explicitar que deveria prevalecer o entendimento de que não contextualizada uma “discriminação justificada”, sem cabimento a imposição de medidas legais distintas entre homens e mulheres. Disse que a equiparação efetuada judicialmente não estaria a contrariar o regime de previdência complementar, interpretação conforme os art. 1º, I e XXXVI, e art. 202, § 1º, da Constituição, mesclando, assim, o modo de julgamento de seus predecessores.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes destacou farta a jurisprudência do STF a encampar o entendimento de que o *tratamento singularmente favorecido para a mulher não ofende o princípio da isonomia* e da possibilidade de afastamento da cláusula contratual, a qual aderiu a demandante, então contratante, posto que – conforme salientado pelo Ministro – o ato jurídico perfeito não se coaduna com ofensa ao princípio da proporcionalidade, embasando sua argumentação em outros precedentes também no âmbito o STF. Logo, possível inferir-se que suas razões de decidir incorporaram o modo conservador de decidir, com apoio em precedentes do próprio STF.

Posteriormente, por duas vezes, houve a interposição de Embargos de Declaração, quando se postulou a modulação dos efeitos do julgado, considerando-se o impacto financeiro da tese firmada e da multiplicidade de ações sobrestadas a envolver causa de pedir semelhante. Ambos os recursos foram rejeitados, porém relevante rememorar que os Ministros Luís Roberto Barroso e Nunes Marques votaram pelo acolhimento da modulação dos efeitos do julgado, sendo que o Ministro Barroso referenciou, expressamente, que “a surpresa”, no que diz respeito a questões orçamentárias e atuariais, “é um fator sempre danoso”. Tal perspectiva, ainda que não acolhida pela maioria, denota o pensamento dos que priorizam a justiça possível para o caso concreto, *visão pragmática*, portanto, porém com a responsabilidade de modular os efeitos da decisão, tendo em vista os prospectivos efeitos de tal decisão como externalidade nociva e hábil afetar direitos de terceiros, tema relacionado à análise econômica do direito.

Nos tópicos seguintes, teceremos breves observações sobre o sistema multipilar de previdência e sobre microsistema relacionado à previdência complementar e previdência complementar, tema expressamente previsto no texto da Constituição Federal, espécie do conjunto seguridade social, e que pode ser classificando como direito social fundamental.

8 O Sistema Multipilar de Previdência foi adotado no Brasil

A adoção de um Sistema de Previdência Social essencialmente público ou a opção por um sistema exclusivamente privado permite a constatação de que tais modelos opostos refletem tipos-ideais de Estado não coincidentes (Estado de Bem-Estar Social, de um lado, e Estado Neoliberal, de outro). Apesar disso, diante do relativo consenso de que no denominado Estado Democrático de Direito a centralidade dos direitos fundamentais deverá orientar o incremento das políticas públicas principalmente em relação aos direitos fundamentais de solidariedade (categoria dos direitos provenientes da seguridade social) demonstra-se contraproducente o enrijecimento conceitual, pois a constitucionalização do direito como fenômeno uniforme (público-privado) impõe uma resposta social adequada e de proteção aos menos favorecidos ou aos agentes econômicos circunstancialmente alijados da relação de emprego ou mesmo mercedores de apoio econômico quando da inatividade.

Diante de tal quadro, talvez se apresentem mais hábeis a uma proteção efetiva dos potenciais beneficiários os sistemas híbridos, baseados em “pilares” sustentados por fontes de recursos diferentes, um sistema “multipilar”, sendo oportuno observar a orientação do Banco Mundial a respeito, que em substancioso estudo comparativo, traçou um panorama global sobre os sistemas de previdência:

Os sistemas de previdência são basicamente métodos para normatizar e operacionalizar os riscos de envelhecer. Isto se tornará possível por meio da criação de mecanismos, individuais e sociais, para manter o poder aquisitivo da população que venha a atingir a melhor idade, por incapacidade laboral ou por opção, não desejando mais desenvolver atividade remunerada após eventual aposentadoria. Tais mecanismos de planejamento e administração do risco, por um critério de eficiência, devem ser capazes de prospectar os riscos relevantes, em nível individual e transindividual.

Os sistemas de previdência compreendem elementos que, essencialmente, devem facilitar o acesso ao consumo de bens e serviços, que tanto em sua forma como em sua função, podem ser vistos como ativos (e passivos) dos indivíduos que usufruíram dos benefícios, mas também de toda sociedade. O princípio da eficiência da administração do risco – a otimização dos resultados, apesar dos riscos, a ocorrer por meio da diversificação das fontes de custeio do sistema como um todo – é princípio tão importante na estruturação do sistema, quanto a administração da carteira de beneficiários. Nos sistemas de previdência, isto se evidenciará pelas vantagens potenciais de um sistema multipilar que compreenda características variadas, as quais, conjuntamente, ultimem por possibilitar a consecução dos benefícios individuais e sociais desejados e, concomitantemente, sejam hábeis à minimização dos riscos relevantes.

O sistema multipilar de benefícios sugerido, está composto de alguma combinação de cinco elementos básicos: (a) um pilar não contributivo ou pilar zero (na forma de um benefício universal ou pensão social) que proporcione um nível mínimo de proteção; (b) um sistema de primeiro pilar contributivo que está vinculado a graus variáveis para a eleição dos benefícios, bem assim para custear em parte os futuros benefícios; (c) um segundo pilar obrigatório, essencialmente, viabilizado pela criação de contas individuais; (d) negócios jurídicos variados como meio implementar o terceiro pilar, o que poderá ocorrer por diversas formas (individual, patrocinado pelo empregador, de benefício definido, de contribuição definida) mas que são essencialmente maleáveis e de natureza facultativa; e (e) fontes

intrafamiliares ou intergeracionais informais de apoio, tanto financeiro como também não-financeiro, incluindo acesso aos serviços de saúde e moradia digna.⁷²

Ao analisarmos as diretrizes acima, ainda que haja muito a avançar, do ponto de vista dos níveis razoáveis para o cálculo do valor dos benefícios (funcionalidade do ordenamento jurídico), formalmente, existem microssistemas paralelos que, no conjunto, aproximam-se do sistema multipilar proposto: as ações e serviços de saúde por meio do SUS (art. 196); benefícios sem a necessidade de contribuição, no caso de idosos e portadores de necessidades especiais, nos termos do art. 203, V, da CF; o regime geral de previdência (art. 201); o regime complementar (art. 202); infraconstitucionalmente, a Lei do SUS (8.080/1990); a LOAS (8.742/1993), o Estatuto do Idoso (10.741/2003), a Lei Orgânica da Seguridade Social (8.212/1991) e Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (8.213/1991); Leis Complementares 108 e 109/2001, relacionadas à previdência complementar.

Logo, não há dúvida de que o ordenamento jurídico pátrio congrega diplomas legais que embasam o sistema multipilar referido pelo Banco Mundial. Por isso, as especificidades

⁷² Comparativo efetuado pelo Banco Mundial em 2005 sob o título “*Old Age Income Support in the 21st Century*”. O trecho destacado foi traduzido livremente da versão espanhola intitulada *Soporte del ingreso económico en la vejez en el siglo XXI: una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas*. “*EL ENFOQUE MULTIPILAR: DIVERSIFICACIÓN Y EFICIENCIA Los sistemas de pensiones son básicamente métodos de dirigir y manejar los riesgos de envejecer.5 Esto es abordado mediante la creación de la capacidad, de los individuos y de la sociedad, como un todo, para mantener el consumo de la población de mayor edad, cuando ésta es incapaz o no desea ser económicamente productiva. Como dispositivos de manejo de riesgo, su diseño debe basarse en una evaluación de su capacidad para manejar eficientemente los riesgos relevantes, tanto a nivel individual como colectivo. Los sistemas de pensiones comprenden elementos que son esencialmente mecanismos de asignación de consumo, que tanto en su forma como en su función, pueden ser vistos como activos (y pasivos) de los individuos afectados y de la sociedad. El principio de eficiencia en el manejo de riesgos –la optimización de 5 La propuesta de la reforma multipilar logró un auge con la publicación del informe de investigación del Banco, Envejecimiento sin crisis (Banco Mundial 1994), el cual proponía un sistema específico de tres pilares. Otras propuestas del Banco se han centrado, igualmente, en los elementos básicos de un sistema multipilares. Véase Vittas (1993). cap2.p65 48 27/01/2006, 4:34 Fundamentos conceptuales de la perspectiva 49 los retornos esperados en relación con los riesgos a través de la diversificación de los elementos (o activos) del sistema como un todo– es un elemento tan importante en el diseño del sistema como lo es en el manejo del portafolio. En sistemas de pensiones, esto se manifiesta en las ventajas potenciales de un sistema multipilar que comprende algunos elementos con características variadas que, conjuntamente, consiguen los beneficios individuales y sociales deseados mientras minimizan los riesgos relevantes. El sistema multipilar de pensiones sugerido, está compuesto de alguna combinación de cinco elementos básicos: (a) un pilar no contributivo o pilar cero (en forma de un beneficio universal o pensión social) que provee un nivel mínimo de protección;6 (b) un sistema de primer pilar contributivo que está vinculado en grados variables con los ingresos y trata de sustituir alguna parte del ingreso; (c) un segundo pilar obligatorio que es esencialmente una cuenta de ahorro individual; (d) los esquemas voluntarios de tercer pilar que pueden tomar muchas formas (individual, patrocinado por el empleador, de beneficio definido, de contribución definida) pero que son esencialmente flexibles y de naturaleza discrecional; y (e) fuentes intrafamiliares o intergeneracionales informales de apoyo, tanto financiero como no financiero, para los ancianos, incluyendo acceso a atención sanitaria y vivienda.”, p. 48-49; Acesso via www. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/271221468315291697/pdf/326720SPANISH0101OFFICIAL0US E0ONLY1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.*

de cada microssistema deverão ser estudadas, sendo que, pelas regras de hermenêutica, a sobreposição de normas jurídicas de proteção, ao invés de colidência, deveria proporcionar diálogo entre as diversas normas dos microssistemas paralelos. Nesse contexto, não deveria haver confusão entre os microssistemas pertinentes ao regime geral e ao regime complementar de previdência, temática que será analisada nas linhas seguintes.

9 Microssistema Previdência Complementar: normas-princípio positivadas no texto constitucional

A Previdência Social no Brasil, nos termos da Constituição Federal, para os empregados celetistas, compõe-se de dois núcleos⁷³ ou de dois microssistemas⁷⁴ que se inter-relacionam. O Regime Geral de Previdência Social (básico, público) e o Complementar (privado). Há semelhanças principiológicas, mas há dessemelhanças estruturais. Tais sistemas tem como princípio comum a contributividade^{75 76}, no sentido de que os futuros titulares dos benefícios de eleição deverão financiar parcialmente os recursos necessários (período de formação ou captação) para a formação do patrimônio que custeará o usufruir das contraprestações pecuniárias correspondentes aos referidos benefícios em data futura (período de maturação).

10 Caráter Complementar e Facultativo

Por outro lado, enquanto no sistema público há a obrigatoriedade ou automaticidade de filiação. No sistema privado, por se tratar de regime complementar, em sentido diametralmente oposto, há a faculdade de filiação, sendo que o empregado poderá aderir ou não a plano de benefício complementar que lhe seja oferecido (art. 201, *caput*, c/c art. 202, *caput*, ambos da Constituição Federal). Os regimes de acumulação do patrimônio também não coincidem.

⁷³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1243.

⁷⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 31.

⁷⁵ DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 111.

⁷⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Ibidem*, p. 32.

11 Autonomia e Regime de Capitalização

No sistema público o regime de acumulação corresponde ao da repartição (fundo geral, único), ao passo que no sistema privado há, por assim dizer, uma estrita dependência das contribuições dos participantes ao “caixa” dos planos a que aderiram (fundos específicos, paralelos e independentes em relação à cada plano administrado pela mesma entidade de previdência complementar, cf. art. 18, § 1º, da LC nº 109/2001).

No regime geral de previdência, assim, pode-se afirmar que há flexibilidade no que diz respeito à continuidade ou não dos aportes pelo segurado, enquanto no regime complementar há imprescindibilidade na regularidade dos aportes pelos participantes:

Primordial no sistema de capitalização é a contribuição do próprio segurado, potencial beneficiário, que deverá cumprir o número de cotas ou o valor estabelecido para garantir a proteção pelo sistema para si e seus dependentes. Já no sistema de repartição, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos na forma previdenciária. A participação do segurado continua a ser importante, mas a ausência de contribuição em determinado patamar não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo nas hipóteses em que se lhe exige carência.⁷⁷

12 Natureza contratual e independência entre a relação jurídica civil-previdenciária e a relação de emprego

A existência de patrimônios em formação paralelos (regime oficial) e (regime complementar) não importa em subordinação ou condicionamento de um regime em relação a outro, nem há causa jurídica para eventual paridade de reajustes de um regime para outro. O texto constitucional não deixa dúvida quanto a isso: *As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei* (§ 2º, do art. 202, da CF).

A autonomia da relação jurídica previdenciária complementar não se compatibiliza com o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o reconhecimento de rubrica posterior ao cálculo do benefício de eleição, no contexto de reclamação trabalhista, tenha reflexos automáticos na relação civil previdenciária. Tal entendimento, reflexamente,

⁷⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Idem*.

desconsidera a doutrina especializada e majoritária sobre a natureza unitária da relação jurídica previdenciária:

Se a previdência social é seguro, o vínculo que une os segurados ao ente segurador é unitário e, tal qual ocorre no contrato de seguro, faz nascer obrigações e direitos para ambas as partes: o segurado tem direito às prestações previdenciárias para si e para os seus dependentes, na forma da lei, e a obrigação de pagar a contribuição previdenciária; o Estado, por sua vez, tem direito ao recebimento das contribuições do segurado e, em contrapartida, a obrigação de 'prestar prestações', quando atendidos os requisitos dispostos na lei. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica complexa (direitos e obrigações recíprocos) e unitária.⁷⁸

A unidade de cada relação jurídica previdenciária impõe a observância estrita dos respectivos regimes financeiros de administração dos patrimônios. Assim, não se demonstra razoável a extensão de vantagens ou revisão das rubricas próprias para a integração do seguro social público, mas não ao seguro social complementar e privado.

13 Equilíbrio Atuarial e Contrapartida

Os referidos seguros coletivos, autônomos e independentes com regimes jurídicos específicos ou microssistemas próprios, na função se tocam, pois possível contextualizar por meio da relação INSS-Empregador-Contribuinte-Segurado a eficácia vertical, e, paralelamente, na relação jurídica EFPC-Patrocinador-Participante-Beneficiário a eficácia horizontal da proteção do trabalhador em situações de risco, bem assim no período da inatividade.

Logo, os benefícios legais e contratuais, para que sejam hábeis a cumprir a efetiva proteção, devem ser administrados com a previsão de reservas atuariais, para que quando da aposentadoria e/ou cumprimento das condições de eleição do benefício complementar não ocorra carência de recursos, para o cumprimento das prestações paralelas. Por tal razão, implicitamente, a regra da contrapartida como princípio geral das contribuições estipuladas pelo Sistema Constitucional de Seguridade Social, norma cogente do art. 195, § 5º, da Constituição Federal, deve ser observada em relação aos benefícios estabelecidos pelo regime geral de previdência, bem como pelos regulamentos dos planos de previdência complementar: *Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

⁷⁸ DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 90.

O princípio da contrapartida ou da preexistência da fonte de custeio aplica-se à seguridade social como um todo⁷⁹ e tem relação direta como a constituição de reservas para a contextualização do equilíbrio atuarial da relação jurídica civil-previdenciária.

14 Aspectos legais e doutrinários da relação jurídica civil-previdenciária

A par dos preceitos constitucionais acima referenciados, as especificidades da relação jurídica civil-previdenciária se farão sentir legal e infralegalmente. A natureza jurídica do benefício não se confunde com a de salário indireto. Na verdade, trata-se de poupança coletiva, baseada no autofinanciamento do participante, tendo em vista, notadamente, a complementação de renda quando do período pós-aposentadoria. Nesse sentido, adverte Wladimir Novaes Martinez:

Paralelismo de cobertura – Trata-se de técnica de proteção social particular, paralela, adicional, supervisionada pela União, com a relação jurídica submetida principalmente às normas de direito privado [...] Feição previdenciária – Em razão da independência das pessoas envolvidas e do celebrado, não se trata objetivamente de salário indireto, mas de instituição própria, securitária, inconfundível com o elo laboral.⁸⁰

15 Plurilateral e Complexa

A relação jurídica civil previdenciária exemplifica negócio jurídico complexo⁸¹, pois integrada por compromissos ou declarações de vontade em instrumentos paralelos (convênio de adesão, estatuto da EFPC, regulamento do plano de benefícios e contrato de adesão) que no conjunto irão viabilizar a prestação dos benefícios quando se contextualizarem as condições de eleição do benefício em concreto.

16 De trato sucessivo e prazo indeterminado

A constituição do direito à percepção do benefício complementar dependerá da sucessão e regularidade dos aportes efetuados pelo participante e pelo patrocinador. Tais aportes compõem obrigações de trato sucessivo e projetarão contraprestações igualmente de

⁷⁹ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de Direito Previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 26-27.

⁸⁰ Op. cit., p. 1.263.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 337-343.

trato sucessivo a serem cumpridas pela EFPC, quando da eleição dos benefícios. A doutrina refere-se aos ciclos de formação do direito à referida contraprestação⁸². É importante ainda ter em mente que o benefício concedido inicialmente como complemento de aposentadoria poderá ter continuidade como pensão por morte em relação a dependente inscrito. Diante da indeterminação do período de satisfação das contraprestações possível afirmar que a relação jurídica civil previdenciária caracteriza-se como de prazo indeterminado.

Neste particular, o cálculo atuarial das reservas tem estrita relação com os tipos de benefícios oferecidos e previstos no regulamento do plano, advindo do trato sucessivo das presentes e futuras prestações duas outras características presentes na relação jurídica civil-complementar: a assimetria e a assincronia dos benefícios em relação aos participantes, diante da não coincidência das condições de eleição, bem assim da natural renovação do rol de participantes (participantes novos, na fase de capitalização dos recursos, e participantes mais antigos na expectativa do usufruto do benefício complementar, diante da aproximação do período pós-aposentadoria).⁸³ Por isso, defensável que a revisão do benefício complementar eventualmente se dê em sintonia com a necessidade de eventual recomposição da reserva matemática do benefício revisado, pois do contrário ocorre ingerência externa a provocar o descasamento entre ativos e passivos administrados pela EFPC.

17 Contrato de Adesão e Dirigismo Contratual

Rememore-se que não pode haver confusão entre a condição paralela do potencial beneficiário, concomitantemente, contribuinte-segurado e participante/assistido. Trata-se da análise de relações jurídicas paralelas. A primeira de direito público, obrigatória. A segunda de natureza contratual, facultativa. Nesta última é bem verdade, diante de sua implementação por meio de contrato de adesão, com cláusulas e condições predispostas pela EFPC, e com a ingerência do órgão de regulação sobre o conteúdo do regulamento, podendo-se afirmar que referido contrato o princípio da autonomia da vontade estaria a sofrer restrições (ao que a doutrina denomina de dirigismo contratual), porém a natureza essencialmente contratual da avença se mantém.

⁸² ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do Contrato Previdenciário das Entidades Fechadas de Previdência Complementar: aspectos jurídicos relevantes e proposições. Monografia vencedora do “2º Prêmio Previc de Monografia: Previdência Complementar Fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010, p. 6-58.

⁸³ ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. A definição do Direito Previdenciário complementar na Constituição Brasileira – Belo Horizonte: UFMG/Faculdade Direito. 2001. Tese (doutorado). 670 p.

18 Contrato aleatório e mutualista

Ainda que haja obrigação da EFPC de se submeter a rigoroso controle contábil e atuarial, no que diz respeito aos planos de benefícios que administre, os contratos de adesão correlatos podem ser classificados como contratos aleatórios, pois não será possível precisar um valor certo de retorno para as contraprestações relativas aos benefícios eleitos. A lei determina, inclusive, a obrigatoriedade da capitalização para os benefícios de “pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas”. Porém, no decorrer do pagamento de tais contraprestações poderá ser constatado eventual déficit ou superávit. No primeiro caso, *o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participante e assistidos*, o que se fará por meio da redução do valor dos benefícios a serem concedidos ou do aporte de contribuição adicional em relação aos benefícios já concedidos (art. 21, *caput*, e §§ 1º e 2º, da LC nº 109/2001).

Há que se observar há possibilidade de um movimento pendular, pois no caso de superávit consecutivo, parte do resultado contingenciado poderá resultar em diminuição das contribuições efetuadas pelos participantes e patrocinadores (art. 20, *caput*, e §§ 1º, 2º, e 3º, também da LC nº 109/2001).

Percebe-se, portanto, que a cotização dos resultados para os participantes, seja em caso de superávit, seja em caso de déficit denota, intuitivamente, que os participantes e patrocinadores estejam predispostos a colaborar e cooperarem entre si para a manutenção dos benefícios coletivamente e de tal predisposição a ideia de que a estabilidade do fundo somente será alcançada com a periódica e necessária revisão das bases atuariais dos fundos do benefício, tratando da revisão de regra benfazeja, não sendo razoável que os participantes se insurjam contra eventual necessidade de plano de ajuste financeiro, pois tal postura seria contrária à cooperação financeira essencial para a manutenção dos benefícios de forma coletiva e que bem resume o princípio do mutualismo, marca dos contratos que envolvem seguro coletivo.⁸⁴

⁸⁴ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

19 A Teoria dos Diálogos Institucionais e da Reputação Judicial e a Estabilidade da Relação Jurídica Civil Previdenciária

O julgamento emblemático e majoritário do Recurso Extraordinário (Tema 452), conforme analisado anteriormente, apesar de contextualizar importante precedente a afirmar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em contrato a envolver plano de previdência privada complementar, destoa, indiretamente, do entendimento unânime do STJ no sentido de que eventual revisão de benefício complementar, necessariamente, deveria respeitar a autonomia do microsistema e constituição de reservas, sem as quais, intuitivamente, restará comprometido o equilíbrio econômico-atuarial do plano de previdência complementar correlato, com fundamento no *caput*, do art. 202, da CF e nas normas regulamentadoras do texto constitucional.

Da análise das normas-princípio pertinentes ao referido equilíbrio atuarial do “fundo” relacionado ao benefício complementar revisado, e à necessidade de contrapartida para alteração das bases do plano, e da não vinculação ou paridade entre o salário da ex empregada, base de cálculo para o benefício oficial, mas sem relação direta com o salário de participação para a formação do direito acumulado do benefício complementar, ainda que respeitáveis os argumentos dos pronunciamentos judiciais em sentido contrário, entendo que, indiretamente, a tese firmada no julgamento do Tema 452, ao não especificar, nem ressalvar a recomposição da reserva técnica, impôs interpretação das cláusulas do regulamento desconstruída do microsistema de regência.

Houve omissão reflexa na consideração do art. 6º, *caput*, da LC 108/2001, e do art. 17, *caput*, art. 18, §§ 1º e 2º, e do art. 21, *caput*, todos da LC 109/2001. Isso significou a convalidação do regime financeiro de capitalização em regime financeiro de repartição circunstancial e a beneficiar somente os demandantes que se ultimaram ou se ultimarem vencedores nas ações de revisão. Situação nova pós julgamento não razoável, a causar flagrante insegurança jurídica, com nítido comprometimento do sinalagma funcional do avençado. A prevalecer a equiparação automática do percentual inicial mínimo entre homens e mulheres, sem qualquer ressalva, isso significará ingerência indevida do Poder Judicial na relação jurídica civil-previdenciária, repise-se de natureza privada, contratual, substituindo-se o juiz sentenciante aos contratantes, mas também desautorizando o poder regulamentar que normatizou, aprovou e fiscalizou o regulamento do plano que será atingido com a referida extensão.

A ausência de qualquer ressalva – reitere-se – quanto à reserva matemática para que se operacionalize a revisão imposta – conformaria, minimamente, inconstitucionalidade indireta, sendo possível prospectar que o tribunal de convergência (STJ) poderá se valer de um diálogo interinstitucional como critério para corrigir eventual equívoco dos órgãos judiciais de hierarquia inferior, de modo semelhante ao caminho trilhado pelas cortes constitucionais para que haja interação dos pronunciamentos judiciais de densidade abrangente (casos difíceis) com os órgãos de outros Poderes, bem assim receptividade pela sociedade civil organizada. A tal linha teórica o direito comparado denominou de “teoria dos diálogos institucionais”:

Percebe-se, com isso, que as Constituições acabam por criar instituições que possam implementar os fundamentos basilares do constitucionalismo. Dentre tais ideias está a de que o governo precisaria operar de acordo com um rol previamente estabelecido de regras e princípios e que estes deveriam ter como conteúdo a proteção de direitos fundamentais. Diferentes arranjos institucionais podem ser utilizados para observar as características principais do constitucionalismo, as quais costumam estar dispostas no texto constitucional. Este, por sua vez, é o suporte muitas vezes utilizado para barrar escolhas democráticas majoritárias. Logo, a guarda da Constituição e um conjunto de decisões majoritárias que definem o autogoverno de um povo são os elementos binários da tensão entre constitucionalismo e democracia. Percebe-se, com isso, que os questionamentos a respeito da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade não são mais uma 'questão estrangeira'. Vive-se no Brasil uma crescente vaga crítica ao ativismo judicial. Contudo, parte dessas considerações acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma 'última palavra' e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos. De uma parte, *afirma-se que o Executivo possui melhores condições para avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo. Do lado do constitucionalismo popular, o Povo seria o agente ideal para a solução de conflitos*. Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento. Tais construções, feitas a partir de diferentes referências ideológicas, as quais buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional.⁸⁵ (Grifou-se).

Assim, porque os contratos que operacionalizaram e operacionalizam a adesão aos planos de benefícios administrados pela EFPC são avenças sobre as quais há intensa ingerência e fiscalização da agência reguladora, corrigir eventual pronunciamento judicial que desconsidere indiretamente o poder regulamentar da agência reguladora significará restabelecer o diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo. Pronunciamento judicial de

⁸⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. ISSN 2359-5639. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

revisão em sintonia com o *accountability* anterior efetuado pela SUSEP e depois pela PREVIC.

Advirta-se que o refinamento do entendimento dos tribunais a respeito da preservação do equilíbrio econômico atuarial de planos de previdência complementar engendrou a uniformização da jurisprudência federal, por meio do julgamento do Tema 955, em sede de repetitivo, no sentido de que a *concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática*. Julgamento em sede repetitivo e, por isso, precedente qualificado e vinculante. A uniformização da jurisprudência, portanto, gerou o efeito agregador e de prestígio do Tribunal da Cidadania. Estudos no sentido da construção de uma reputação judicial como efeito dos pronunciamentos que permeiem resultados concretos e realmente viabilizadores da pacificação social.

A importância da investigação acadêmica sobre a aplicação e acomodação das teses vinculantes firmadas se relaciona com possível recomendação aos colegiados judiciais de que seus pronunciamentos ocorram com transparência, com amplo debate e discussão das matérias, e isso para preservar a imagem dos magistrados, diante de possível identificação ideológica diversificada, consequência da estrutura colegiada dos órgãos judiciais de segundo grau e grau superior.

A não receptividade dos pronunciamentos judiciais pelos interessados poderá revelar uma crise, mais que dogmático-judicial, uma crise de legitimidade institucional, enquanto a receptividade, ao contrário, informará acomodação dos interesses e ideologias divergentes. A Teoria da Reputação Judicial induz a autocrítica e fortalece o diálogo institucional ultimado pelos julgamentos do Poder Judiciário:

Os estudos revisados sugerem que uma descrição do processo de tomada de decisão judicial deve levar em conta as influências extrajurídicas, que incluem as limitações cognitivas, as intuições, as preferências estratégicas e os auditórios específicos a que se dirige o magistrado. Quanto maior a margem de discricionariedade, maior a influência desses fatores. Assim, especialmente nos chamados “casos difíceis”, em casos moralmente carregados, ou em julgamentos que envolvam o autointeresse dos próprios magistrados, ou suas preferências político-ideológicas, os fatores extrajurídicos devem ser levados em conta como influências que, sem a contraposição de constrangimentos institucionais e estratégicos dos demais atores envolvidos, podem ser determinantes no resultado da lide. Contudo, os estudos também mostram que a justificação pode atuar como um constrangimento, na medida em que retroalimenta o processo de descoberta. Essa descrição sugere que se os interlocutores relevantes para o magistrado são

mais exigentes e potencialmente discordam de sua opinião, o ônus decisório é maior, o que pode levar a decisões mais refletidas.⁸⁶

Tanto a Teoria dos Diálogos Institucionais, quanto a Teoria da Reputação Judicial se entremeiam e complementam as bases conceituais do que se convencionou denominar, na atualidade, de Resolução Apropriada de Disputas, sendo recomendável, mesmo no contexto do procedimento adversarial e nos julgamentos de revisão, que

[...] a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.⁸⁷

Ao Juízo de Primeiro Grau caberá, nas ações novas, em conclusão, a complexa tarefa de aplicar a tese firmada no Tema 452, do STF, mas, concomitantemente, a tese estabelecida no julgamento do Tema 955, do STJ. Ainda que indiretamente deverá o julgador de primeiro grau, com as contribuições de todo recomendáveis provenientes dos patronos das Partes (princípios cooperativo e do contraditório efetivo) e, ainda, o auxílio imprescindível de perito judicial (prova técnica a ser produzida por Atuário), com base na técnica da ponderação,⁸⁸ própria da hermenêuticas das normas constitucionais em colidência aparente,⁸⁹ efetuar a concordância prática entre o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e a consequente equiparação imposta pela tese firmada no Tema 452, com a necessidade de recomposição da reserva matemática inserida como rubrica componente da constituição de reservas que garantam o benefício contratado (art. 202, *caput*, da CF) e recomposição encampada pela tese firmada no Tema 955 do STJ. O entendimento ora exposto, em que pese eventual dissenso doutrinário e jurisprudencial, apresenta-se como alternativa para prestigiar e respeitar o efeito vinculante das teses firmadas, mas também contribuir para a estabilidade

⁸⁶ HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação às teorias da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. Brasília-DF, 2016, p. 16-17. Acesso via [www.](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf) URL: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 14/04/2022.

⁸⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 378-389.

⁸⁹ Luís Roberto Barroso fala em choque natural e inevitável no que diz respeito a eventuais colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199.

do plano de previdência complementar afetado e reafirmar o direito de previdência privada complementar como direito fundamental.

Considerações finais

Nas democracias modernas, a pulverização do poder político denota-se como movimento proporcional ou atrelado à acomodação de interesses plúrimos e, muitas vezes, aparentemente contrapostos, diante a abertura conceitual da locução bem comum e dos vários grupos de pressão que compõem determinada sociedade, ao que a Ciência Política denomina de inflação de demandas e temática que tangencia, no âmbito do Direito, teoria crítica dos direitos humanos.

Direitos humanos e direitos fundamentais ainda que coincidentes em relação ao conteúdo, distinguem-se, doutrinariamente, pelo modo de positivação. Os primeiros em normas de Direito Internacional, os segundos em textos constitucionais.

A convergência de proteção, tanto internacionalmente, quando internamente, permite a superação da pirâmide kelseniana pelo modelo do trapézio que na base superior representa em seus vértices as categorias direitos humanos e direitos fundamentais como as normas de maior hierarquia e centralidade do sistema jurídicos.

A seguridade social no Brasil incorporou o sistema multipilar referenciado pelo Banco Mundial.

O ordenamento jurídico pátrio, portanto, ainda que tenha muito a avançar, do ponto de vista dos níveis razoáveis para o cálculo do valor dos benefícios (funcionalidade do ordenamento jurídico), formalmente, mantém microssistemas paralelos que, no conjunto, aproximam-se do sistema multipilar proposto pelo Banco Mundial: as ações e serviços de saúde por meio do SUS (art. 196); benefícios sem a necessidade de contribuição, no caso de idosos e portadores de necessidades especiais, nos termos do art. 203, V, da CF; o regime geral de previdência (art. 201); o regime complementar (art. 202); infraconstitucionalmente, a Lei do SUS (8.080/1990); a LOAS (8.742/1993), o Estatuto do Idoso (10.741/2003), a Lei Orgânica da Seguridade Social (8.212/1991) e Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (8.213/1991); Leis Complementares 108 e 109/2001, relacionadas à previdência complementar.

As regras constitucionais elencadas no texto constitucional permitem inferir a relação EFPS-patrocinador-participante-assistido como direito fundamental, devidamente

regulamentado por meio de microssistema autônomo e independente, com destaque para a edição das Leis Complementares 108 e 109/2001.

Eventual pronunciamento judicial que proveja a revisão do benefício complementar, sem ressaltar a necessidade de recomposição da reserva matemática, ultimar-se-á por, indiretamente, convolar o regime de capitalização próprio da relação civil-previdenciária em regime de participação, contrariando expressamente o conteúdo do art. 18, § 1º, da LC nº 109/2001.

A alteração das bases do benefício, nas condições acima, estará a desafiar o princípio da contrapartida, que somente autorizaria o incremento do benefício, em caso de fonte de recurso preexistente, nos termos do art. 195, § 3º, da CF.

A revisão do benefício também, sem a contextualização da necessidade de recomposição da reserva matemática decorrente de tal revisão, não se compatibiliza com o mutualismo que deveria projetar a estabilidade dos benefícios e preservação da poupança coletiva em benefício de toda carteira de participantes/assistidos.

O equilíbrio atuarial do plano de benefícios impõe a revisão e a fiscalização periódica da aderência das hipóteses atuariais, sendo que a adesão de cada participante por meio de contratos de adesão paralelos importa na aceitação das regras do regulamento do plano, inclusive quanto à possibilidade da ocorrência de resultado deficitário e, para equacionar o déficit, a redução dos benefícios a serem concedidos ou a implementação de contribuições adicionais em relação aos que já estiverem a usufruir do benefício complementar.

Os precedentes do STJ, em sede recurso repetitivo, tem afirmado a autonomia, a independência, e a suficiência dos regulamentos dos planos, em prol do mutualismo presente na relação jurídica civil-previdenciária.

As teses firmadas, debatidas e julgadas conforme a sistemática dos recursos repetitivos, têm tido alcance, para além do meio jurídico, sendo possível afirmar que a experiência, a formação humanística e a bagagem acadêmico-institucional que os Ministros construíram e continuam a construir permitem que suas razões de decidir dialoguem com outras instituições de outros Poderes, mas também encontrem receptividade entre entidades representativas da sociedade civil organizada.

A tese majoritária firmada no Tema 452 do STF (no sentido da equiparação de percentual inicial de fixação de benefício complementar, a equiparar homens e mulheres, ainda que não coincidentes os períodos de contribuição) e disso os efeitos consequentes de posterior revisão, indiretamente, esmaeceu a tese por unanimidade firmada no Tema 955 do

STJ (a afirmar a necessidade da recomposição da reserva matemática como condicionante de eventual revisão).

Nas ações novas (derivadas do efeito expansivo da tese firmada no Tema 452), impor-se-á ao julgador, respeitado o devido contraditório, com auxílio de prova técnica a mensurar o *quantum* necessário para a recomposição da reserva matemática (laudo a ser elaborado por Atuário), a difícil tarefa de aplicar de forma coordenada e concomitante as teses acima, valendo-se da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática e, assim, reafirmar a previdência privada complementar como direito fundamental.

Referências

ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do Contrato Previdenciário das Entidades Fechadas de Previdência Complementar: aspectos jurídicos relevantes e proposições. Monografia vencedora do 2º Prêmio Previc de Monografia: Previdência Complementar Fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. A definição do Direito Previdenciário complementar na Constituição Brasileira – Belo Horizonte: UFMG/Faculdade Direito. 2001. Tese (doutorado). 670 p.

ALVIM, Arruda. A emenda constitucional 45 e a repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CIPOLLA, M. B. Rev. MUÑOZ, A. A. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. ISSN 2359-5639. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

CNJ. Manual de Mediação Judicial. Brasília-DF, 2016, p. 16-17. Acesso via WWW. URL: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 23/10/2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de Direito Previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão Geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação às teorias da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

JORGE, Vladimir Lombardo. Regimes Políticos. In: Ferreira, Lier Pires (org.). *Curso de Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013

PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 184.

Em sentido semelhante, a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. *Harvard Law Review*, v. 111.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003a.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 13/09/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 23/12/2024

Publicado em 29/12/2024

Inviolabilidade domiciliar e flagrância delitiva: o modelo de suficiência probatória dos tribunais superiores brasileiros

Home's inviolability and red-handed prison: the sufficiency evidence model's of brazilian superior courts

Matheus Felipe de Castro⁹⁰

<https://orcid.org/0000-0002-0534-7981>

matheusfelipedecastro@gmail.com

Rafaela Volpato Viaro⁹¹

rafaelaviaro@gmail.com

Resumo

A inviolabilidade domiciliar vem reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, enquanto direito fundamental a tutelar a intimidade e a vida privada, salvaguardando o espaço íntimo intransponível por ingerências estatais. Passível de afetação, esse direito encontra limites na cláusula restritiva do flagrante delito, que permite que se adentre na residência alheia a qualquer hora, independentemente de autorização judicial. Para tanto, exige-se a demonstração de fundadas razões que indiquem que no interior do domicílio ocorra situação de flagrância delitiva. Indaga-se, contudo, no que consiste esse modelo e qual o nível probatório que se exige para que esteja comprovado. A teoria dos *standards* probatórios fornece respostas que, à luz da jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Supremo Tribunal Federal), permitem investigar o *standard* de prova que justifica a entrada forçada em domicílio em flagrante delito.

Palavras-chave: inviolabilidade domiciliar; flagrante delito; fundadas razões; *standards* probatórios.

Abstract

Home inviolability is recognized in the Brazilian's Constitution as a fundamental right to protect intimacy and private life, safeguarding an intimate space that is insurmountable by

⁹⁰ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Processual Penal na Graduação em Direito e no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Coordenador do “CautioCriminalis” – Grupo de Estudos em Realidade do Sistema Penal Brasileiro (Universidade Federal de Santa Catarina) e Vice Coordenador do Grupo “Proteção das liberdades na sociedade do controle”. Advogado em Florianópolis.

⁹¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Escola da Magistratura de Santa Catarina e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

state interference. Possible to be affected, this right finds limits in the clause restricting the red-handed prison, which allows you to enter someone else's residence at any time, regardless of judicial authorization. To this end, it is necessary to demonstrate well-founded reasons that indicate that a crime situation occurs within the home. However, the question remains as to what this model consists of and what level of proof is required for it to be proven. The theory of evidence standards provides answers that, in light of the jurisprudence of the STJ-Superior Tribunal de Justiça and the STF-Supremo Tribunal Federal, allows us to investigate the standard of proof that justifies forced entry into a home in red-handed prison.

Keywords: *home inviolability; red-handed prison; well-founded reasons; evidence standards.*

1 Introdução

A inviolabilidade domiciliar consiste em direito fundamental que protege a intimidade e a vida privada do indivíduo contra ingerências arbitrárias, seja do Poder Público, seja de particulares.

Vem consagrada no art. 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que assenta que *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

A Constituição Brasileira tutela, assim, a segurança individual, a intimidade e a vida privada enquanto desdobramentos do fundamento da República da dignidade da pessoa humana. Resguarda a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade do lar, protegendo o recinto em que se pode livremente exercer a personalidade e a individualidade de forma plena.

Todavia, como direito fundamental, encontra espaço para restrição. É dizer, relativização do conteúdo, sem, contudo, eliminar seu núcleo essencial. Está-se aqui a se referir às exceções estabelecidas pelo texto constitucional brasileiro, em especial o flagrante delito.

Assim é que, presente situação de flagrante delito no interior do domicílio, o véu da proteção constitucional cede espaço para a repressão criminal, autorizando que o agente (polícia, vítima ou qualquer do povo) adentre na casa alheia, a qualquer momento e sem autorização judicial, de modo a cessar a prática delitiva.

Para tanto, é necessário que se demonstre a presença de um padrão probatório que seja capaz, *de per se*, de indicar a ocorrência de flagrante delito previamente à entrada

forçada: trata-se do modelo das fundadas razões (justa causa ou causa provável), extraído do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

Indaga-se, contudo, no que consiste, concretamente, esse modelo probatório segundo os Tribunais Superiores Brasileiros.

A resposta a essa indagação pressupõe a análise do *standard* probatório exigido para a entrada forçada em domicílio nas situações de flagrante delito à luz do entendimento das Cortes Superiores Brasileiras – aqui consistente no objetivo geral proposto por este trabalho.

Para tanto, no item 2 serão apresentadas premissas teóricas sobre os modelos de *standards* probatórios no processo penal.

No item seguinte, será teorizado o direito fundamental que serve de substrato para a problematização: a inviolabilidade domiciliar.

No quarto item, será abordado o *standard* probatório que justifica a entrada forçada em domicílio em situação flagrancial e problematizada divergência de posicionamentos na jurisprudência brasileira.

Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á o estudo de caso, a partir do método indutivo.

2 Standards probatórios: mecanismos de controle do convencimento judicial

A valoração da prova consiste na tarefa de percepção do resultado da atividade probatória ou do conjunto de elementos de juízo formado ao longo do processo. É através da valoração que se permite ao julgador aferir o grau de confirmação de uma determinada hipótese, sujeito a critérios racionais.

Ou seja, a valoração da prova tem por objetivo estabelecer a conexão entre a prova produzida e a verdade ou falsidade dos enunciados fáticos em litígio. É nesse momento que o juiz analisa o conjunto probatório produzido para concluir se a hipótese posta em julgamento foi ou não provada (Badaró, 2023, p. 202). Valorar, pois, significa atribuir valor ou peso à prova produzida.

Essa valoração pode ser guiada juridicamente, com imposição, *ex ante*, de um determinado resultado probatório, em uma espécie de tabelamento. Trata-se do chamado sistema da prova legal ou tarifada, em que o legislador prevê, *a priori*, um valor hierarquizado da prova. Cada elemento possui um valor probatório fixo atribuído em abstrato pela lei, como uma tabela de valoração da prova.

Na síntese de Bacila (2002, p. 100), *tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo.*

Pode, contudo, a valoração ser realizada de forma totalmente aberta, sem vinculação ou justificação alguma. É o sistema conhecido como de íntima ou livre convicção, em que o julgador aprecia livremente a prova e decide de acordo com sua íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar sua conclusão ou obedecer a critérios de avaliação da prova.

É o extremo oposto do positivismo jurídico do sistema da prova legal: o julgador decide com excesso de discricionariedade e liberdade, sem demonstrar os argumentos e elementos que ampara a conclusão.

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar (Lopes Jr., 2016, p. 444).

Por sua vez, a valoração da prova pode ser guiada por um método de corroboração racional de hipóteses. É o chamado livre convencimento motivado ou persuasão racional, que preconiza que o julgador tem liberdade na valoração probatória, mas deve fazê-lo de forma fundamentada.

Significa dizer que a atividade valorativa do juiz não basta ser livre, mas deve ser guiada por critérios controláveis pela via da motivação, através de um discurso lógico e racional. Todos os argumentos e provas deduzidos no processo tem de serem objetiva e racionalmente analisados, com a exposição da conclusão adotada.

O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao livre convencimento do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar, segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do julgador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos (Theodoro Jr., 2021, p. 742).

Do ponto de vista argumentativo, a valoração da prova consiste em determinar o grau de correção ou de solidez da interferência probatória empírica, é dizer, o grau que as provas corroboram a hipótese (Lagier, 2022, 147). É através da valoração racional e inferencial que uma hipótese fática será considerada preferível em relação a outra.

Mas, eleita a hipótese mais provável ou com maior probabilidade, deve-se decidir se foi considerada suficientemente provada ou não. Ou seja, é necessário a adoção de um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração, o nível de suporte probatório que um enunciado de fato precisa obter para que seja considerado verdadeiro (Badaró, 2018, p. 55). Eis os *standards* probatórios.

Standards de prova são critérios ou diretrizes quanto ao grau de suficiência probatória para que se possa considerar comprovada uma alegação de fato (Baltazar JR, 2007, p. 165). Trata-se de graus de suficiência a respeito do *quantum* de prova é necessário para a comprovação fática.

No *Black's Law Dictionary* (1999, p. 1413) o verbete *standard of proof* figura como [...] o grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o 'além de dúvida razoável' ou 'por preponderância de prova, ao passo que o *Dicionário Jurídico* (2016, p. 587) o conceitua como *modelo; padrão. Standard jurídico (Filos.), critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço.*

Gustavo Badaró (2023, p. 241) conceitua o instituto jurídico como *critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro.* É dizer, os *standards* tratam de regras pelas quais o raciocínio jurídico, especialmente o juízo de fato, é formalizado.

Tais modelos decisoriais permitem determinar o grau de evidência ou de probabilidade a partir do qual uma hipótese é considerada provada; é dizer, o grau de apoio suficiente para aceitar como verdadeira a hipótese fática discutida (Beltrán, 2023, p. 27).

É por isso que são modelos de constatação, ou seja, guias que orientam a análise da prova, permitindo controle lógico da convicção judicial sobre a matéria fática.

Ou seja, através deles é possível balizar o grau de confirmação ou refutação das hipóteses fáticas por meio de regras ou guias inteligíveis e bem definidos. São, assim, mecanismos que compatibilizam a livre valoração da prova com o controle racional das decisões.

É daí que se extrai uma primeira função desses modelos de constatação: servirem de guia objetivo para a avaliação das provas. É através do estabelecimento de *standards* probatórios que se procura controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o paradigma da excessiva subjetividade presente no livre convencimento (Streck, Raatz e Dietrich, 2017, p. 404).

Matida e Vieira trabalham com os *standards* de prova enquanto mecanismos que buscam compatibilizar a livre valoração das provas com a necessidade de controle racional das decisões judiciais:

Trata-se de uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais. Se atualmente se entende que é importante garantir ao julgador liberdade no que tange à valoração probatória, isso não implica anuência ao subjetivismo. Dizer que a valoração deve ser livre expressa preocupação em nos distanciarmos das amarras normativas então características das provas tarifadas, mas não significa concordância acrítica aos caprichos e opiniões íntimas dos juízes (Matida e Vieira, 2019, p. 227).

Com efeito, exige-se a adoção de um modelo de constatação claro, que permita verificar se a valoração aponta um resultado cujo suporte probatório atingiu ou não o grau de prova exigente ao caso. Na realidade, os *standards* probatórios permitem a diminuição do espaço de discricionariedade, mediante a constatação objetiva da suficiência probatória. É preciso lembrar que o livre convencimento motivado não é um valor em si mesmo, tendo um caráter instrumental; a existência de limitações contra epistêmicas ao convencimento judicial, como, por exemplo, a proibição das provas ilícitas, demonstra que ele pode sofrer limitações impostas pelos valores constitucionais adotados.

A ausência de estabelecimento de um *standard* probatório dificulta o controle do sistema de tomada de decisão, uma vez que inexiste uma fase em que se impõe ao magistrado verificar se a valoração atingiu o grau mínimo de corroboração exigido pelo sistema jurídico.

Aí reside a segunda função dos *standards* de prova: de garantia de controle às partes. Afinal, *somente se as partes podem conhecer o umbral de suficiência probatória poderão tomar decisões racionais antes e durante o processo acerca da estratégia de defesa de seus interesses* (Beltran, 2023, p. 199). Tais modelos de constatação permitem a minoração da incerteza nos julgamentos sobre os fatos ao servirem de guia de atuação dos sujeitos processuais.

Se inexiste um critério exigido para a prolação da decisão, também o controle sobre a suficiência probatória se torna falho, permitindo uma tênue indiferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade:

Isso ocorre porque essa suficiência probatória será definida pelo próprio juiz, estando muitas vezes implícita, caso o ordenamento jurídico não exija qualquer menção à questão. Como o estandar probatório não é expressamente exigido pelo direito, incumbe ao juiz escolher qual a suficiência de prova necessária e a eventual impugnação terá, muitas vezes, que adivinhar qual a escolhida pelo magistrado. De certa forma, em não sendo o *standard* probatório um elemento obrigatório da decisão, a possibilidade de controle pelas partes será limitada à própria valoração da prova, pois a decisão sobre o estandar estará implícita, limitando-se o juiz a afirmar que há prova suficiente ou que está convencido (Ravi, 2021, p. 594).

A partir do momento que se estabelecem diretrizes ou critérios para se considerar que um enunciado fático se encontra suficientemente provado (“p está provado”), permite-se um maior controle intersubjetivo da racionalidade da decisão judicial. A prova de uma proposição fática não depende do estado íntimo de convicção do julgador, mas sim de existirem ou não elementos suficientes de comprovação aportados aos autos.

Significa, então, que os *standards* probatórios devem ser formulados a partir de conexões lógicas entre as provas disponíveis e os enunciados fáticos para que se possa considera-los provados, através de conceitos objetivos. Afinal, se o *standard* de prova não existe ou se é fixado pelo juiz com remessa a estados mentais discricionários (que não podem ser negados como “normais” em qualquer atividade cognitiva), não há sequer possibilidade de efetivo exercício do princípio do contraditório em sua dimensão substancial (poder de influência), tampouco de impugnação pelas partes e, conseqüentemente, de controle da decisão judicial, já que o ponto de diferenciação da decisão judicial com qualquer outra espécie de decisão humana é exatamente a sua natureza técnica.

De fato, os *standards* não têm – e nunca tiveram – pretensão de permitir um controle da valoração específica dos elementos probatórios, mas da conclusão desse raciocínio. Sua função é a de servir de guia para a valoração da prova – que tem por base a persuasão racional –, atuando como uma regra de decisão, permitindo que o julgador verifique se, dentre as hipóteses fáticas disponíveis, alguma delas alcance o grau de suficiência probatória exigido para aquele direito material. Em outros termos, o *standard* probatório não indica os critérios para que cada uma das provas seja valorada, mas um critério mediante o qual se considera provada uma hipótese caso seja atingida uma suficiência mínima. (Peixoto, 2020, p. 73).

A terceira função dos *standards* probatórios – distribuição do risco de erro entre as partes – revela uma escolha de valores, considerando as preferências sociais para o atingimento de determinados objetivos que se pretenda dar primazia. Pressupõe a constatação que a tomada de decisão é realizada por seres humanos, em um ambiente de incertezas, em que erros podem ocorrer. O ordenamento jurídico escolhe quais riscos de erros são mais graves à sociedade e qual a importância e as consequências que deles decorrem.

Gustavo Badaró (2023, p. 243) ensina que

[...] a decisão do *standard* de prova no processo é substancialmente uma escolha de valores, considerando preferências sociais para o atingimento de objetivos aos quais se pretende dar primazia, como reduzir os riscos das decisões errôneas, distribuindo equitativamente, ou evitar condenações equivocadas, dando prevalência à proteção da liberdade dos acusados.

Há uma tendência de que, à medida em que a exigência probatória para comprovação de um determinado enunciado fático é modificada, o risco de erro também seja alterado.

Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa (2020) ilustram os *standards* como o “sarrafo” em uma prova de salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade a ser superada por aquele que procura um resultado.

A imposição de *standards* de prova mais elevados para subsidiar uma condenação, no processo penal, permite distribuir as chances de erros, garantindo-se que os equívocos sejam representados majoritariamente por absolvição falsas e não por condenações. E isso porque, quando se eleva o *quantum* probatório para embasar uma condenação, é possível que, em diversos casos, ele não seja atingido, ainda que o réu tenha praticado o crime. Por outro lado, se a métrica é baixa, é provável que existam menos culpados absolvidos, mas também mais inocentes condenados, devido à facilidade de atingir o grau de prova exigido.

Ao distribuir o risco de erro de decisões através de uma menor ou maior exigência probatória dá-se preferência de proteção a um ou outro valor jurídico, em verdadeira decisão política (e não jurídica).

2.1 Os modelos de *standards* probatórios

Nos países de *common law*⁹², há muito se discute a medida da prova, estabelecendo-se diferentes tipos de *standards* para confirmação de uma hipótese fática. Os principais deles são: a) preponderância da prova ou da evidência (*preponderance of the evidence*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e c) prova além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

O *standard* da preponderância da prova ou da evidência é aquele normalmente utilizado para a litigância civil e indica que se deve escolher, dentre as hipóteses sustentadas, a que possua maior suporte probatório.

O fundamento por detrás do modelo da preponderância da evidência é que as partes estão em patamar de igualdade e não há bens jurídicos com maior ou menor desvalor. Assim é que um erro a favor do autor não é mais grave que um erro a favor do réu (falso positivo e

⁹²Lenio Streck faz importante observação sobre o tema: “É interessante notar que, apesar de os sistemas de *common law* adotarem os referidos *standards* probatórios, eles não o fazem com vistas a uma busca quase que obsessiva pela verdade. A teorização acerca do tema está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade”. (Streck, Raatz e Dietrich, 2017, p. 402).

falso negativo se equivalem), ou, conforme explicitado no caso *Santosky v. Kramer*, o padrão de preponderância da evidência é empregado quando a gravidade social do erro em qualquer direção é aproximadamente igual (Schawartz e Seaman, 2013, p. 436). Matematicamente representada, o *standard* da preponderância da prova exige probabilidade de $50\% + 1^{93}$. Significa que a hipótese fática será considerada verdadeira se atingir probabilidade acima de 50% (Matida e Vieira, 2019, p. 230).

O modelo *clear and convincing evidence* exige que a proposição fática seja altamente provável ou certa. Segundo Taruffo (2014, p. 135), a prova deve ensejar um elevado grau de certeza, ou seja, apontar para uma hipótese altamente provável.

Trata-se de um padrão intermediário entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável, geralmente utilizado quando os interesses em disputa são considerados mais substanciais que a simples perda monetária (Schawartz e Seaman, 2013, p. 437), tais como ações de destituição do poder familiar, de internação compulsória, de desligamento de aparelhos hospitalares que mantêm uma pessoa com vida etc. (Peixoto, 2020, p. 149-151).

A exigência de satisfação desse *standard* pressupõe que a hipótese fática conte com prova clara, inequívoca e evidente, de modo que o pedido será procedente apenas se a parte autora atingir esse nível de elevada probabilidade. Valendo-se de recurso numérico, a prova clara e convincente será satisfeita quando atingida a probabilidade de 75% (Matida e Vieira, 2019, p. 230).

Por sua vez, o *standard da beyond any reasonable doubt* (BARD) é o mais alto dentre todos e aquele destinado ao âmbito criminal. O significado central do BARD é a exigência de um elevado grau de probabilidade (que muito se aproxima da certeza) acerca da culpabilidade do acusado, de modo a diminuir os riscos de um falso positivo (condenação de um inocente).

Gardner e Anderson (2013, p. 78) explicam que esse critério de suficiência probatória exige que todos os elementos essenciais do crime estejam provados *para além da dúvida razoável* para se cogitar de uma condenação. Caso contrário, a absolvição é medida imperativa. Em termos matemáticos, o BARD impõe a exigência de 95% de probabilidade à hipótese acusatória (Matida e Vieira, 2019, p. 230).

⁹³ Há tentativas de aplicar o Teorema de Bayes para estipular o grau de credibilidade de uma hipótese, mas sem sucesso, uma vez que o Teorema busca medir o impacto que determinada prova (tem sobre a probabilidade inicialmente atribuída (antes dessa prova) a uma hipótese (Lagier, 2022, p. 165).

Fletcher (1967-1968, p. 881) atribui ao princípio de presunção de inocência nos países de *civil law* o papel desempenhado pelo BARD nos países de *common law*, uma vez que ambos fornecem a afirmação retórica da preocupação de que somente os efetivamente culpados devem sofrer condenação criminal, sendo preferível que a absolvição de culpados à condenação de inocentes.

É nessa linha que, no sistema brasileiro, a presunção da inocência, regra constitucional da qual se extrai o postulado do *in dubio pro reo*, exige um modelo de constatação que muito se assemelha ao BARD, é dizer, que represente o mais elevado nível de confirmação probatória racionalmente exigível para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira (Badaró, 2019, p. 60). Caso contrário, a dúvida deve favorecer ao réu, culminando na absolvição.

Mas não é só na formação da convicção final que se exige, no processo penal brasileiro, um determinado nível de suficiência probatória. Ao revés, ao longo de todo procedimento, o Código de Processo Penal Brasileiro impõe a observância de *standards* próprios, em uma linha ascendente ou progressiva de exigência, a depender do tipo de provimento jurisdicional.

É o que se verifica, a título ilustrativo, da redação do inciso III do art. 395 do Código de Processo Penal⁹⁴, que prevê que a denúncia será rejeitada, dentre outras hipóteses, quando faltar *justa causa* para o exercício da ação penal.

Justa causa consiste no suporte ou lastro probatório mínimo indispensável à instauração do processo, representado pela prova da existência do crime e por indícios de autoria (Badaró, 2018, p. 176; Pacelli, 2019, p. 165; Lima, 2016, p. 1799); sua ausência, ou, de outro modo, de indícios de autoria e prova de materialidade delitiva, importa na rejeição da peça acusatória.

A justa causa enquanto condição da ação que exige a prova da materialidade delitiva e indícios de autoria pode ser entendida como um *standard* de prova à medida que indica o nível de suporte probatório exigido para que a peça acusatória seja recebida.

De igual modo, ao prever no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal⁹⁵ que a busca e apreensão domiciliar será realizada mediante ordem judicial fundamentada na

⁹⁴ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

⁹⁵ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...].

presença de fundadas razões, o legislador brasileiro delimitou um modelo probatório. Isto é, estabeleceu que a busca domiciliar mediante ordem judicial é permitida apenas quando demonstrado justo motivo (fundadas razões) que indique que a restrição ao direito fundamental é necessária para a persecução penal.

Esse modelo se assemelha àquele adotado pela Quarta Emenda americana⁹⁶, ao estabelecer a necessidade de causa provável para realização de busca e apreensão domiciliar. A causa provável (ou *probable cause*) permite a entrada forçada em domicílio quando os fatos conhecidos são, por si só, suficientes para se concluir pela prática de um crime. Noutras palavras, a causa provável consiste na suspeita objetiva, concreta e individualizada (e não mera intuição) que leve a crer que, naquele local, um crime esteja em andamento. Suspeita essa aferida à luz do “homem de razoável prudência e cautela” (Wanderley, 2019, p. 346).

Classificada enquanto *standard* probatório, a causa provável revela um elevado nível de exigência probatória, estabelecendo uma maior quantidade e confiabilidade dos fatos que levam à crença da prática criminosa (Wanderley, 2019, p. 350).

É do modelo norte-americano de causa provável para busca e apreensão domiciliar e da redação do art. 240 do Código de Processo Penal brasileiro (que estabelece os requisitos para a busca domiciliar mediante ordem judicial) que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, estabeleceu que as fundadas razões consistem no modelo probatório exigido para a relativização do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito.

3 A inviolabilidade domiciliar e o flagrante delito

O enunciado normativo do art. 5º, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a máxima de que a morada de alguém é asilo inviolável, conferindo-lhe contorno jurídico de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada, da intimidade e da segurança. Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 437),

O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o *domicílio*, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade

⁹⁶ O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

romana. Aí também o direito fundamental da *privacidade*, da *intimidade*, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada.

Erigida no texto constitucional enquanto direito fundamental, a inviolabilidade domiciliar está atrelada à noção de promoção da dignidade da pessoa humana enquanto prerrogativa e instituição que o ordenamento jurídico concretiza em prol de uma convivência harmônica, livre e igual de todas as pessoas. Trata-se de garantia individual que tutela a proteção individual e familiar do sossego e da tranquilidade do lar, amparando a intimidade e a vida privada contra ingerências arbitrárias.

José Afonso da Silva sustenta que, ao reconhecer a casa como asilo inviolável, a Constituição da República *está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da personalidade humana* (2005, p. 207).

Titulares (portanto, sujeito do direito) são as pessoas físicas (brasileiras ou estrangeiras) e jurídicas. No que se refere à pessoa jurídica, Dinorá Grotti (1993, p. 104) sustenta que a extensão da garantia à pessoa jurídica se dá por se tratar de um direito do indivíduo projetado nas suas várias relações e centros de interesse. Assim, se a pessoa jurídica é uma decorrência necessária do indivíduo, eliminar a garantia da pessoa jurídica equivaleria a desproteger os direitos das pessoas físicas – até mesmo porque a casa é apenas o espaço que é respeitado em função da garantia dada ao sujeito (esse sim titular do direito).

Em se tratando de pessoa física, a titularidade se estende a todos os membros da família que residem no local (titularidade múltipla). A natureza da ocupação (se provisória, definitiva, posse, propriedade, comodato etc.) é irrelevante para a proteção jurídica, uma vez que se estende a toda e qualquer espécie de vínculo.

Por sua vez, são destinatários da garantia constitucional o Estado (aqui tomado em sentido amplo, incluído todo agente público no exercício de sua atividade) e os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), a quem também é vedado o ingresso no domicílio alheio.

Reside aqui uma consequência da dimensão objetiva do direito fundamental em questão. Dimensão objetiva que resulta do *significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional* (Mendes e Branco, 2017, p. 153).

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos

fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (Mendes e Branco, 2017, p. 153).

Essa dimensão objetiva enseja um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões provindas de particulares ou do próprio Poder Público. Daí a percepção de que os direitos fundamentais obrigam o respeito não apenas pelo Estado, mas também os próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

O conceito jurídico de “casa”, para fins de proteção constitucional, tem amplitude maior do que no senso comum. Abrange a habitação ou moradia – local em que a pessoa é encontrada ocasionalmente, sem ânimo de permanência; a residência – lugar em que habita, com intenção de permanecer, incluídos espaços coletivos; os espaços não abertos ao público onde se exerce profissão ou atividade⁹⁷; além de meios de transportes transformados em habitação (tais como trailer, barco, cabine de caminhão).

O termo “asilos”, do grego “ásilon” e do latim “asylum”, significa templo, lugar inviolável, refúgio (no sentido dicionarizado de lugar para onde se foge visando escapar de perigo) (Garcia, 2009, p. 5). Assim, a proteção constitucional recai sobre o espaço inviolável tido como casa.

O âmbito de proteção do direito fundamental pode, contudo, ser restringido em algumas hipóteses extraídas da redação do texto constitucional. São elas: flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

É a hipótese de flagrante delito que interessa a este trabalho. Flagrante vem do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente (Rangel, 2023, p. 450).

Carnelutti explica que a noção de flagrância está intimamente relacionada a *lallama*, que denota com certeza *lacombustión*; cuando se *velallama*, es indudable que alguna cosa arde (1947, p. 77). A flagrância não é outra coisa senão a visibilidade do crime. É o delito patente, visível, irrecusável. No sentido jurídico, é o crime no instante de seu cometimento, no momento em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal (Rangel, 2023, p. 450).

Presente o flagrante delito, o véu da inviolabilidade domiciliar cede espaço para a intervenção estatal, autorizando a entrada policial para cessar a prática delitiva em

⁹⁷ É o que se extrai do art. 150, § 4º, do Código Penal: “A expressão “casa” compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

andamento. Com efeito, seria inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, cogitar da inviolabilidade do domicílio como salvo conduto para a prática de crimes no interior da residência.

Ocorre que, ainda que na hipótese de flagrante delito, é necessário a adoção de critérios a balizar a conduta do agente estatal e autorizar sua entrada no domicílio. É dizer, é preciso seja demonstrado (comprovado) que no interior da residência um crime está em andamento para que, a partir daí, o ingresso forçado esteja autorizado.

É por isso que, conferindo interpretação restritiva à exceção constitucional do flagrante delito que restringe o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a exigir a demonstração de um modelo probatório próprio (extraído do art. 240, § 1º, do CPP) a legitimar a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial. Trata-se das fundadas razões ou *probable cause* ou, ainda, causa provável.

Em suma, conclui-se que a inviolabilidade do domicílio é a regra. Excepcionalmente, diante de “fundadas razões”, pode o Estado-Juiz decretar a realização de busca e apreensão mediante ordem judicial (art. 240 do CPP). E, de forma ainda mais excepcional, o agente estatal no exercício do poder de polícia poderá ingressar do domicílio alheio se se deparar com elementos concretos e aferíveis previamente à entrada que indiquem a prática de flagrante delito.

É dizer, a legalidade da entrada no domicílio sem mandado judicial necessita de fundadas razões que indiquem situação prévia de flagrante delito, à luz do Tema 280 do Supremo Tribunal Federal, extraído do julgamento do RE 603.616/RO, em sede de repercussão geral, cuja tese ficou assim ementada:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Fundada razão consiste na presença de elementos objetivos, concretos e individualizados (e não mera intuição ou “tirocínio” policial) que levem a crer que, naquele local, um crime esteja em andamento. Existe quando os fatos e as circunstâncias concreta e objetivamente verificados são suficientes para persuadir uma pessoa razoável que um crime está sendo cometido. Meros palpites ou suspeitas generalizadas não são suficientes.

A causa provável ou fundadas razões trata-se de garantia individual contra o abuso de autoridade que condiciona a intervenção estatal à presença de elementos concretos que, a

priori, indiquem a provável ocorrência de um crime. É por isso que elementos de prova colhidos *após* a busca não são aptos a justificar (tampouco legitimar) a diligência, que será ilícita. Noutras palavras, as fundadas razões devem ser previamente aferidas à entrada policial (e posteriormente justificadas).

Busca-se, assim, evitar condutas arbitrárias e desarrazoadas de agentes públicos que venham a ingressar no domicílio alheio para *investigar* uma hipótese de flagrante delito – e não *em caso* de flagrante delito. Sem justificação constitucionalmente adequada, a intervenção estatal é tida como ingerência arbitrária, abusiva e ilegal. Hipótese, portanto, de violação ao direito fundamental. Ao contrário, se amparada em fundadas razões que indiquem que no interior do domicílio ocorre situação de flagrante delito, a entrada forçada será lícita. Indaga-se, contudo, no que consiste, concretamente, esse modelo probatório?

4 As fundadas razões para entrada forçada em domicílio segundo o modelo das cortes superiores brasileiras

Para que uma hipótese fática seja considerada provada, deve estar sujeita à verificabilidade e à refutabilidade de acordo com um critério objetivo que permita aferir a correção da decisão judicial. Deve-se, portanto, se dispor de um modelo que diga sob quais condições e em que medida os elementos de juízo são suficientes para que uma proposição seja tomada como verdadeira no processo decisório. Aí residem os *standards* probatórios, que consistem em critérios ou níveis que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que um enunciado fático seja considerado provado.

Nessa linha, as fundadas razões ou justa causa, à luz do entendimento fixado no RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, consiste no modelo ou *standard* probatório elegido pela Corte Suprema Brasileira para autorizar a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito. Ou seja, a jurisprudência brasileira trabalha com esse conceito enquanto padrão autônomo de prova do qual se extrai o nível de exigência probatória para que a hipótese seja considerada verdadeira⁹⁸.

⁹⁸ A título exemplificativo é o que se vislumbra a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 598.051/SP perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo voto averba: “II. Standards de Prova para ingresso em domicílio. Fundadas razões (justa causa, causa provável). [...] Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de standard de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do standard probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime”.

Não obstante, para além da definição teórica do modelo de constatação adotado pelos Tribunais Superiores Brasileiros, o presente trabalho tem por objetivo investigar concretamente no que consiste o suporte fático apto a colmatar este *standard* probatório. Noutras palavras, apurar as hipóteses fáticas suficientes para preencher, ou não, o modelo das fundadas razões ou causa provável, a partir da análise de casos concretos julgados pelas Cortes Superiores Brasileiras.

Para tanto, registre-se que a metodologia adotada na apuração dos dados a seguir expostos pressupôs a pesquisa de jurisprudência na base pública de dados dos sítios do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, mediante os termos interseccionados “entrada AND domicílio AND flagrante AND crime AND permanente”, no período de julgamento de 01.01.2022 a 31.12.2022.

E, adianta-se, da análise da jurisprudência das Cortes Superiores Brasileiras, vislumbra-se significativos pontos de divergência quanto ao preenchimento do modelo de constatação das fundadas razões. É dizer, uma mesma hipótese fática apoiada em um mesmo suporte probatório é, para um tribunal, justa causa para legitimar a entrada forçada em domicílio e, para outro tribunal, não. É o que se passa a demonstrar, partindo-se dos pressupostos fáticos assentados nos julgamentos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça comungam do entendimento que denúncia anônima não configura, por si só, fundadas razões para entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito.

Denúncia anônima consiste na *delatio criminis inqualificada* provocada sem a identificação do responsável pela informação. Ou seja, quando alguém do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a notícia de um crime, sem, contudo, identificar-se.

A partir dela, a autoridade processante deve iniciar uma investigação preliminar para averiguar a sua procedência e veracidade, uma vez que não se trata de prova; é mera informação de fonte não identificada, com baixa confiabilidade e alta insegurança jurídica, considerando que qualquer um pode dela se valer para imputar falsamente um crime a outrem. Soma-se a isso que a delação apócrifa encontra resistência a nível constitucional, conforme se infere do 5º, IV, da Constituição da República Brasileira.

A ausência de substrato que permita a verificação da confiabilidade e veracidade da denúncia anônima é impeditivo para que figure como fundadas razões. Rememora-se que fundadas razões representa um modelo capaz de se conectar a fatos objetivos e consistentes, de demonstrar indícios concretos da prática de um crime. É dizer, fundadas razões expressa

fatos e circunstâncias objetivamente verificáveis que dão conta da confiabilidade da informação que leva à crença da prática criminosa.

Não é razoável, sequer legítimo do ponto de vista jurídico, que alguém tenha sua casa arrombada, seus bens revirados, sua intimidade violentada e seu núcleo familiar maculado e exposto tão somente com base em uma informação apócrifa.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça comungam do entendimento que a notícia anônima de crime, por si só, não é admitida como elemento válido para violar franquias constitucionais⁹⁹.

A uniformidade de entendimento não se vislumbra, contudo, em outras situações concretas. Adianta-se uma conclusão: há um longo caminho a ser percorrido para a formação de uma jurisprudência uniforme e estável perante os Tribunais Superiores Brasileiros que permita a concretização do direito fundamental à igualdade entre toda pessoa

Imagine-se que determinado indivíduo foi abordado pela polícia e, em revista pessoal, fora localizada droga em sua posse. A partir daí, indaga-se se é possível, com base em tal elemento, a realização de busca e apreensão domiciliar a fim de averiguar a existência de mais entorpecentes no interior da casa. Em outras palavras, se a apreensão de drogas em busca pessoal consiste em fundadas razões a permitir a entrada forçada em domicílio.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a localização de drogas em busca pessoal não é substrato fático, por si só, que autoriza a entrada forçada em domicílio. A uma porque não necessariamente presente o nexo causal que permita concluir que mais entorpecentes estejam armazenados na residência¹⁰⁰; a duas porque a condição de custódia do suspeito pelo aparato policial torna inviável sua atuação no sentido de embaraçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial¹⁰¹.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal entende que a localização de drogas em busca pessoal é premissa fática suficiente para embasar a busca domiciliar. É o que se extrai, a título exemplificativo, do julgamento do RHC 219955/SC, cujo voto consigna que *ficou evidenciado que o ingresso dos policiais na casa do recorrente se deu em razão de fundadas*

⁹⁹ Por todos, no Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* n. 163.053/SC, julgado em 19/12/2022; no Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 1.405.285, julgado em 17/11/2022.

¹⁰⁰ Por todos: Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.961.428/DF, julgado em 21/06/2022.

¹⁰¹ Por todos: Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.994.151/MG, julgado em 16/08/2022.

suspeitas de que se mantinha drogas em depósito, ante a anterior apreensão de entorpecentes e dinheiro com o corréu. No mesmo sentido é o HC 213068-SP que consta que o ingresso no domicílio decorreu da situação de flagrância anteriormente verificada em abordagem na via pública que resultou na apreensão de entorpecentes.

A divergência de entendimento quanto ao preenchimento do *standard* probatório da justa causa continua. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o cumprimento de mandado de prisão de suspeito foragido da Justiça não autoriza a realização de busca na residência, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea do réu¹⁰². Ao contrário, o Supremo Tribunal Federal entende que o cumprimento de mandado de prisão configura justa causa para a entrada forçada em domicílio¹⁰³.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a fuga do indivíduo ao ser abordado pela polícia consiste em fundadas razões para o ingresso forçado em domicílio¹⁰⁴. Ao passo que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, *essa circunstância (fuga) não é suficiente para legitimar o ingresso forçado de policiais em domicílio ainda que sob suspeita da prática de crimes permanentes*.¹⁰⁵

Para a Corte Suprema, considera-se justa causa o trinômio denúncia anônima aliada ao fato de o sujeito ser conhecido no meio policial e apresentar comportamento suspeito¹⁰⁶. Em sentido oposto, a Corte da Cidadania entende que meras denúncias anônimas aliadas a comportamento suspeito não justificam a entrada forçada em domicílio¹⁰⁷.

O Supremo Tribunal Federal confirmou condenação baseada no fato de os agentes policiais terem sentido forte odor de maconha oriundo da residência (sem maiores considerações a respeito) e, a partir daí, adentrado no domicílio¹⁰⁸.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que essa circunstância é revestida de alto grau de subjetivismo e o simples relato dos policiais nesse sentido,

¹⁰² HABEAS CORPUS n. 695.457/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 09.03.2022.

¹⁰³ HABEAS CORPUS n. 216181, julgado no Supremo Tribunal Federal em 09.12.2022; HABEAS CORPUS n. 216185, julgado no Supremo Tribunal Federal em 03.08.2022.

¹⁰⁴ HABEAS CORPUS n. 221817, julgado no Supremo Tribunal Federal em 28.10.2022.

¹⁰⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n. 771.129/RS, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 11.10.2022.

¹⁰⁶ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS n. 222287, julgado no Supremo Tribunal Federal em 30.03.2022.

¹⁰⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL n. 2.105.826/GO, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 19.12.2022.

¹⁰⁸ HABEAS CORPUS n. 212209/C, julgado no Supremo Tribunal Federal em 22.02.2022; RECURSO EM HABEAS CORPUS n. 213547/C, julgado no Supremo Tribunal Federal em 30.03.2022

desprovido de qualquer outra justificativa mais elaborada, não configura o elemento “fundadas razões” necessário para o ingresso no domicílio do réu.¹⁰⁹

Também o consentimento do morador para entrada no domicílio encontra tratamento distinto perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Com efeito, para a Corte da Cidadania, o consentimento será válido apenas se realizado mediante declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso, indicando, sempre que possível, testemunhas do ato; em todo caso, a busca domiciliar deve ser registrada em mídia audiovisual, através de câmeras corporais do agente de polícia.¹¹⁰

Exigências essas que não se vislumbra nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que se satisfaz com a simples alegação, pelos policiais responsáveis pela busca, que houve consentimento do morador.¹¹¹

A divergência de entendimentos se verifica, também, internamente em cada Tribunal. É dizer, não apenas no confronto entre posições do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, mas em relação a cada uma das Cortes, isolada e internamente consideradas.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o comportamento suspeito não configura justa causa para invasão de domicílio.¹¹² Não obstante, no julgamento de outro caso, o mesmo Tribunal ponderou que *um indivíduo suspeito, em lugar suspeito, fugiu da polícia em direção a imóvel suspeito, porque apontado como boca de fumo* legitima a entrada em domicílio.¹¹³

O Superior Tribunal de Justiça considerou que o trinômio denúncia anônima, comportamento suspeito e confissão informal aos policiais justificam a entrada forçada em domicílio.¹¹⁴ Em sentido diametralmente oposto, o mesmo Tribunal, no julgamento de outro caso que envolvia denúncia anônima, seguida de atitude suspeita e confissão informal do suspeito, concluiu pela anulação da diligência por não figurar justa causa¹¹⁵.

¹⁰⁹ HABEAS CORPUS n. 697.057/SP julgado no Superior Tribunal de Justiça em 22.02.2022.

¹¹⁰ HABEAS CORPUS n. 598.051/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 02.03.2021.

¹¹¹ HABEAS CORPUS n. 214039, julgado no Supremo Tribunal Federal em 14.08.2022.

¹¹² RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 1344376/PE, julgado no Supremo Tribunal Federal em 06.05.2022.

¹¹³ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS n. 217287, julgado no Supremo Tribunal Federal em 01.08.2022.

¹¹⁴ HABEAS CORPUS 674037/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 08.02.2022.

¹¹⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL n. 2.105.826/GO, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 19.12.2022.

Vê-se, pois, que não há consenso entre os Tribunais Superiores Brasileiros, sequer internamente, quanto aos elementos fáticos que concretizam a *probable cause* para entrada forçada em domicílio.

Considerações finais

Direitos fundamentais representam posições jurídicas positivadas pela ordem constitucional que concretizam o superprincípio da dignidade da pessoa humana. São prerrogativas que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna e livre. No qualificativo *fundamentais* reside a indicação de que se tratam de situações jurídicas essenciais, sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive (Silva, 2005, p. 178).

Enquanto direito fundamental que é, a inviolabilidade domiciliar tutela a intimidade e a vida privada, salvaguardando o espaço íntimo intransponível por ingerências externas. Trata-se, assim, de posição jurídica que garante ao indivíduo a proteção da casa enquanto asilo inviolável, permitindo a existência de uma esfera privada e íntima para o livre desenvolvimento da personalidade.

É passível, contudo, de afetação. E, por opção do constituinte, a afetação em questão se dá a nível constitucional através de cláusulas restritivas: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e determinação judicial.

Com efeito, o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar encontra limite na situação de flagrante delito, hipótese em que o agente pode adentrar na residência a qualquer hora, independentemente de autorização judicial.

Mas, para tanto, exige-se o preenchimento de um modelo probatório próprio que indique a probabilidade de flagrante delito previamente à entrada forçada. Aqui se insere a temática dos *standards* probatórios, entendidos como níveis ou critérios de suficiência probatória para que se possa considerar comprovada uma hipótese fática.

Os *standards* probatórios representam modelos de constatação que orientam a análise da prova pelo magistrado, permitindo o controle lógico e intersubjetivo da convicção judicial sobre os fatos (Knijnik, 2001, p. 33).

Nesse cenário é que o presente trabalho tratou de investigar o *standard* probatório capaz de justificar a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito segundo o entendimento dos Tribunais Superiores Brasileiros. Concluiu-se que o modelo probatório em

questão parece consistir na *probable cause* ou fundadas razões. É dizer, exige-se um mínimo, mas comprovado conhecimento anterior de elementos objetivos (independentes de opiniões subjetivistas por parte dos indivíduos que compõem as forças de segurança pública) e individualizados que levem a crer que, no interior do domicílio, um flagrante delito esteja em andamento.

De modo a definir concretamente esse modelo de constatação – e não apenas de forma teórica e abstrata – é que se deu a análise crítica de jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros. E, nessa linha, constatou-se divergências.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento mais flexível quanto ao preenchimento desse *standard* probatório, de modo que diminui a exigência ou métrica probatória.

Com efeito, da análise dos julgados proferidos pela Suprema Corte, é possível concluir que se configura fundadas razões para entrada forçada em domicílio em hipótese de flagrante delito: (a) a apreensão de drogas em busca pessoal/veicular; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a confissão informal aos policiais; (d) o consentimento do morador (que se prova mediante simples declaração dos policiais); (e) a existência de mandado de prisão em aberto; (f) a realização de campanhas e monitoramento prévio; (g) a abordagem de usuários.

Posição distinta se verifica perante o Superior Tribunal de Justiça, que se vale de *standards* negativos para afastar a presença da justa causa, além de elevar o nível de exigência probatória para que hipótese fática seja considerada provocada.

Assim é que *não* se considera fundadas razões (a) a mera denúncia anônima; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a localização de drogas em busca pessoal/veicular; (d) a confissão informal aos policiais; (e) o cumprimento de mandado de prisão por fato distinto; (f) o consentimento do morador quando amparado apenas na palavra dos policiais; (g) a visualização, pelo lado externo da residência, da existência de drogas.

Diante de tal cenário, conclui-se que os Tribunais Superiores Brasileiros partem de um mesmo *standard* probatório (fundadas razões) para legitimar o ingresso forçado em domicílio nos casos de flagrante delito. Entretanto, a concretização, em termos práticos, desse modelo probatório é essencialmente distinta: o Supremo Tribunal Federal contenta-se com elementos de juízo frágeis e, não raro, isolados; o Superior Tribunal de Justiça exige a robustez de um conjunto de juízo que se pode equiparar, até mesmo, àquele necessário a uma sentença condenatória.

Premissas fáticas que satisfazem o *standard* probatório segundo o Supremo Tribunal Federal não são suficientes segundo o Superior Tribunal de Justiça. A divergência às vezes é encontrada até mesmo internamente em cada Tribunal.

Esse cenário fragiliza a estabilidade e a coerência do sistema, gerando insegurança jurídica a todos os atores envolvidos, direta ou indiretamente, em uma busca e apreensão sem autorização judicial.

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do Código de Processo Civil), de modo que entendemos ser urgente a adoção comum pelas Cortes de parâmetros objetivos e seguros (e não meramente retóricos) que legitimem a entrada forçada em domicílio nos casos de flagrante delito de crime permanente.

Um modelo concreto, objetivo, claro e que conte com aderência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça possibilitará previsibilidade e controle de operações policiais, ao mesmo tempo em que permitirá a efetiva e premente garantia dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinções que violem a premissa democrática e que importem em discriminações.

Referências

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. _____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

_____. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

_____. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Processo Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007, p. 161-185. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Tradução Vitor de Paula Ramos. – 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

_____. *Valoração Racional da prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Trad. de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8th ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros. 1993.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, p. 15–52, jan./fev., 2001.

LAGIER, Daniel Gonzáles. *Quaestio Facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação*. Tradução Luis Felipe Kircher; revisão e coordenação Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único* – 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

MATIDA, Janaína. *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 20 abr. 2023.

_____; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 156, ano 27, p. 221-248. São Paulo: RT, junho 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2020.

_____. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Maio a Agosto de 2021. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59569/37741>. Acesso em: 15 out. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 22, n. 2, maio-ago., 2017.

SCHAWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: naexperimente from potente law. *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 26, Number 2 Spring 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop andfrisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense. *Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 24 | n. 9 | p. 341-364 | set./dez. 2019*.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 19/09/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 26/12/2024

Publicado em 29/12/2024

**Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe e o desenvolvimento humano
pós-pandemia: perspectivas à luz de Amartya Sen**

Eclac and post-pandemic human development: perspectives in the light of Amartya Sen

Gina Vidal Marcílio Pompeu¹¹⁶

<https://orcid.org/0000-0003-0446-7452>

ginapompeu@unifor.br

Ricardo Araújo Lima¹¹⁷

<https://orcid.org/0000-0002-7320-2776>

advricardoaraujolima@gmail.com

Enny Araújo Lima¹¹⁸

<https://orcid.org/0000-0002-6250-2597>

enny.arjlima@gmail.com

Resumo

Este artigo analisa as implicações da pandemia de covid-19 (sars-CoV-2) no crescimento econômico e no desenvolvimento humano na América Latina e no Caribe. O estudo parte da premissa de que a pandemia exacerbou a escassez de empregos, o desemprego persistente, a subutilização da mão de obra e as más condições de trabalho. A pobreza e a desigualdade generalizadas dificultam o acesso das pessoas a garantias e direitos como cidadãos. Assim, o objetivo do estudo é examinar se a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), enquanto organização internacional, possui a capacidade de contribuir para o crescimento econômico entre os países da região e com outras nações, além de fomentar o desenvolvimento humano para superar as consequências da pandemia. A metodologia adota

¹¹⁶ Estágio Pós-Doutoral em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (2017), estágio pós-doutoral em direitos humanos, econômicos e a responsabilidade social das empresas pela Faculdade de Direito da Universidade do Havre (2012), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004), Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1994), graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1987).

¹¹⁷ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Constitucional com área de concentração em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduações lato sensu em Direito Civil, Processual Civil, Administrativo, Constitucional, Penal, Processo Penal, Trabalho, Previdenciário, Eleitoral e Docência do Ensino Superior. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, Campus de Picos, Piauí.

¹¹⁸ Pós-graduações lato sensu em Direito Civil, Processual Civil, Administrativo, Constitucional, Penal, Processo Penal, e Docência do Ensino Superior. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, Campus de Picos, Piauí.

uma abordagem interdisciplinar, articulando aspectos da Economia, Direitos ao Desenvolvimento, e direitos constitucionais, administrativos e humanos. Utiliza raciocínio indutivo e dedutivo em uma pesquisa qualitativa, empregando análise documental, estatística, bibliográfica e legislativa. A conclusão indica que Estados e organizações internacionais, como a Cepal, têm o potencial de promover esforços deliberados por meio do diálogo, visando gerar empregos e auxiliar os membros mais vulneráveis da sociedade na recuperação dos setores impactados pela pandemia.

Palavras-chave: covid-19; Cepal; crescimento econômico; desenvolvimento humano.

Abstract

This article analyzes the implications of the covid-19 (sars-CoV-2) pandemic on economic growth and human development in Latin America and the Caribbean. The study is based on the premise that the pandemic has exacerbated job shortages, persistent unemployment, labor underutilization, and poor working conditions. Widespread poverty and inequality make it difficult for people to access guarantees and rights as citizens. Thus, the objective of the study is to examine whether the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), as an international organization, has the capacity to contribute to economic growth among the countries of the region and with other nations, in addition to fostering human development to overcome the consequences of the pandemic. The methodology adopts an interdisciplinary approach, articulating aspects of the Economy, Rights to Development, and constitutional, administrative, and human rights. It uses inductive and deductive reasoning in qualitative research, employing documentary, statistical, bibliographic, and legislative analysis. The conclusion indicates that States and international organizations, such as ECLAC, have the potential to promote deliberate efforts through dialogue, aimed at generating jobs and assisting the most vulnerable members of society in the recovery of sectors impacted by the pandemic.

Keywords: covid-19; Eclac; economic growth; human development.

1 Introdução

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o número de pessoas infectadas pelo coronavírus (sars-CoV-2) constituía uma emergência internacional de saúde pública (ESPII). Em 11 de março de 2020, a OMS considerou o covid-19 uma pandemia, resultando em surtos em vários países e causando repercussões trágicas em diversos setores da sociedade. Essa crise de saúde global revelou desigualdades estruturais nos países, configurando uma catástrofe prolongada.

A recuperação do covid-19 não se limita à saúde pública; é fundamental também superar os graves danos ao crescimento econômico e ao desenvolvimento humano. O impacto da pandemia atingiu eixos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos em

escala global, exacerbando a pobreza e a desigualdade, e impedindo que as pessoas usufruam das garantias e direitos como cidadãos.

A pesquisa parte da premissa de que a pandemia agravou a escassez de empregos pré-crise, o desemprego persistente e a perda de condições de trabalho. A insuficiência do sistema de trabalho durante a pandemia, juntamente com a minimização de custos e a maximização da exploração física, mental e emocional dos trabalhadores, são problemas socioestruturais que demandam uma resposta resolutiva. Estados e organizações internacionais têm buscado promover esforços conscientes para criar empregos e apoiar os membros mais vulneráveis da sociedade.

Assim, este estudo questiona: A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), enquanto organismo internacional, possui repercussão suficiente para contribuir para o crescimento econômico dos países entre si e com as outras nações do mundo, e fomentar o desenvolvimento humano como forma de superar as consequências da pandemia de covid-19? O trabalho visa examinar o papel da Cepal na superação das vulnerabilidades e desigualdades sociais que existiam antes da pandemia e na mitigação das mazelas sociais fomentadas pelo covid-19 nos países latino-americanos.

A metodologia envolve uma pesquisa interdisciplinar com uma orientação epistemológica na teoria crítica, integrando teoria e prática e articulando aspectos da Economia, Direito ao desenvolvimento, Direito constitucional, administrativo e direitos humanos. Utiliza raciocínio indutivo e dedutivo em uma abordagem qualitativa, empregando técnicas de análise documental, estatística, pesquisa bibliográfica e legislação.

O artigo está dividido em três partes. A primeira analisa o papel da Cepal. A segunda parte investiga a insuficiência do sistema de trabalho durante a pandemia e suas implicações no crescimento econômico da América Latina e Caribe, incluindo a análise do crivo do Supremo Tribunal Federal no federalismo de cooperação no Brasil. Por fim, a terceira parte realiza uma análise sobre o desenvolvimento humano e a redução das capacidades e oportunidades durante a pandemia, a partir dos contributos de Amartya Sen sobre desenvolvimento como liberdade.

2 O papel da Cepal na América Latina e Caribe: impactos do covid-19 e desafios futuros

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) é uma das cinco comissões regionais das Nações Unidas, com sede em Santiago, Chile, e foi criada em 1948

pela Resolução 106 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC). Originalmente, composta apenas por países da América Latina, a Cepal tinha o objetivo de promover o desenvolvimento econômico na região, fortalecendo as relações econômicas internas e externas. No entanto, em 1984, por meio da Resolução 1984/1967, o escopo da Comissão foi ampliado para incluir os países do Caribe e para priorizar o desenvolvimento social (Cepal, 2022).

Desde sua criação, a Cepal tornou-se um ator-chave na promoção do desenvolvimento regional, consolidando-se como uma “escola de pensamento” especializada na análise estrutural dos problemas econômicos e sociais da América Latina e do Caribe. Seu método histórico-estrutural analisa a maneira pela qual as instituições e as estruturas produtivas afetam a dinâmica econômica dos países em desenvolvimento, proporcionando uma visão sistêmica e ajustada às realidades regionais e globais (Bielschowsky, 2000, p. 18).

Estruturalmente, a Cepal opera em duas sedes sub-regionais — na Cidade do México, para a América Central, e em *Port of Spain, Trinidad e Tobago*, para o Caribe. A Comissão também mantém escritórios nacionais em Buenos Aires, Brasília, Bogotá, Montevidéu, e um escritório de ligação em Washington, EUA. Atualmente, a Cepal é composta por 46 Estados-Membros, incluindo países de outras regiões como a América do Norte, Europa e Ásia, além de 14 membros associados (Cepal, 2022).

Os estudiosos destacam cinco fases fundamentais na atuação da Cepal. Durante a década de 1950, a Comissão promoveu a industrialização por substituição de importações, influenciada pelo pensamento keynesiano e por teorias econômicas da Europa Central. Nos anos 1960, focou-se em reformas estruturais voltadas para desbloquear a industrialização e diversificar as exportações. Na década de 1970, passou a abordar o desenvolvimento sustentável, enquanto, nos anos 1980, priorizou a resolução do problema da dívida externa por meio de políticas de ajuste que não sacrificassem o crescimento econômico. Nos anos 1990, a Cepal introduziu o conceito de “transformação produtiva com equidade”, buscando justiça social e desenvolvimento econômico equilibrado (Bielschowsky, 2000, p. 18).

Atualmente, a Cepal realiza estudos, pesquisas, promove conferências e aconselha governos sobre as melhores práticas para o desenvolvimento econômico e social da região. Suas atividades incluem o planejamento de estratégias econômicas, a organização de seminários e a promoção de projetos que busquem fortalecer a cooperação regional e enfrentar os desafios globais (Cepal, 2022).

Com a pandemia de covid-19, a Cepal teve um papel crítico ao colocar as pessoas e seus direitos no centro das políticas de recuperação econômica e social. A crise de saúde, que resultou na pior recessão econômica da América Latina em um século, revelou e amplificou as fragilidades estruturais da região, como os sistemas de saúde frágeis, a pobreza persistente, o alto índice de informalidade e a crescente desigualdade social. A pandemia resultou em um aumento considerável na pobreza e no desemprego, especialmente entre jovens e mulheres, destacando a necessidade de um apoio governamental contínuo para mitigar os efeitos econômicos de longo prazo (Bárcena; Cimoli, 2020, p. 152).

De acordo com Muhammad Yunus, a pobreza é “um fenômeno multidimensional” porque afeta a vida e os meios de subsistência das pessoas. Para libertá-los desse estado é necessário abordar todos os aspectos de suas vidas, *do pessoal ao global e da dimensão econômica às dimensões política, social, tecnológica e psicológica* com as quais estão intrinsecamente “entrelaçados” (Yunus, 2008, p. 88).

Essas vulnerabilidades foram agravadas pelas assimetrias globais, especialmente no que diz respeito ao acesso a vacinas e ao financiamento para políticas de recuperação. Enquanto países desenvolvidos implementaram pacotes fiscais expansivos — como os 18% do PIB nos Estados Unidos e mais de 750 bilhões de euros na Europa —, na América Latina e no Caribe os planos fiscais atingiram apenas 4,3% do PIB, evidenciando as dificuldades econômicas da região em responder à crise (Cepal, 2021, p. 40). A desigualdade global também se manifestou no aumento da riqueza mundial em 7,4%, enquanto os ativos na América Latina e no Caribe caíram 11,4% (Cepal, 2021).

O desenvolvimento econômico é um “fenômeno histórico” nos países que iniciam *sua revolução capitalista, e se caracteriza pelo aumento sustentado da produtividade, ou renda per capita, acompanhado de um processo sistemático de acumulação de capital e incorporação do progresso tecnológico* (Bresser-Pereira, 2006, p. 1). A recuperação econômica global, prevista para desacelerar em 2024 devido aos resquícios da pandemia, encontra-se sob pressão de novos desafios, como o surgimento de novas variantes do vírus e a persistência de problemas inflacionários e de cadeias de suprimento (The World Bank, 2023, p. 21).

O relatório do Banco Mundial intitulado “Taxar a riqueza para equidade e crescimento” destaca que a América Latina e o Caribe (ALC) devem enfrentar desafios significativos para atrair os investimentos necessários ao seu desenvolvimento. Com uma previsão de crescimento de 1,9% em 2024 e 2,6% em 2025, a região continua a apresentar

as taxas mais baixas globalmente, reflexo de gargalos estruturais persistentes. Para acelerar o crescimento, é crucial que a ALC aproveite o atual contexto econômico, incluindo a redução das taxas de juros pelo Federal Reserve e a melhora na gestão da inflação. No entanto, o relatório aponta que os baixos níveis de investimento público e privado e a falta de capitalização das oportunidades de *nearshoring* limitam o potencial da região (The World Bank, 2024).

Reformas estruturais abrangentes são necessárias para aumentar a competitividade e a produtividade, além de gerar espaço fiscal para investimentos públicos. O estudo sugere que a modernização dos sistemas de impostos sobre a propriedade pode ser uma estratégia eficaz, não apenas para gerar receitas adicionais, mas também para promover a equidade e o desenvolvimento sustentável na região (The World Bank, 2024).

Outro ponto de inflexão na recuperação da região é a questão climática. A América Latina e o Caribe são responsáveis por 8,3% das emissões globais de gases de efeito estufa, mas sofrem de maneira desproporcional com os impactos das mudanças climáticas. Em 2024, a região continua a enfrentar secas severas, enchentes e outros eventos climáticos extremos, que agravam ainda mais a situação econômica e social. Para enfrentar esses desafios, a Cepal advoga por uma recuperação transformadora, com foco em equidade, sustentabilidade e resiliência, promovendo sistemas de proteção social que abordem de maneira abrangente as múltiplas crises enfrentadas pela região (Cepal, 2021, p. 36).

A América Latina e Caribe emitem 8,3% dos gases de efeito estufa e é, sem dúvidas, uma das regiões mais afetadas do mundo. As emissões da América Latina são responsáveis por 4,2 giga toneladas de carbono, enquanto as emissões globais são de 50 giga toneladas e o Caribe emite apenas 0,3%. Em outras palavras, a adaptação é inevitável e indispensável para superar esse problema (Cepal, 2021, p. 36). As mudanças do clima *podem aumentar a volatilidade dos preços das commodities e as tensões sociais podem se multiplicar como resultado do aumento da desigualdade como resultado da pandemia*. Essas questões destacam a importância de as nações incentivarem a imunização geral entre suas populações, focar na sustentabilidade da dívida externa, e combater as mudanças climáticas e a desigualdade em suas economias (The World Bank, 2022, p. 150).

Além disso, a Comissão propõe um enfoque centrado na inclusão social, na digitalização da economia e na promoção de uma economia verde, orientada para reduzir as desigualdades estruturais e melhorar a resiliência a crises futuras. Essa perspectiva está alinhada com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que buscam equilibrar

crescimento econômico com proteção ambiental e justiça social (Cepal, 2022). Em suma, a Cepal continua a desempenhar um papel vital na formulação de estratégias para a recuperação econômica da América Latina e do Caribe, promovendo um desenvolvimento sustentável e inclusivo, essencial para mitigar os impactos prolongados da pandemia e para enfrentar os desafios de longo prazo que a região enfrenta.

3 A insuficiência do sistema de trabalho na pandemia de covid-19 e suas implicações no crescimento econômico da América Latina e Caribe

Os países da América Latina e do Caribe, ao longo das últimas décadas, têm se comprometido com a promoção dos direitos humanos por meio da assinatura de diversos tratados internacionais. Dentre esses, destacam-se o Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Em particular, a Declaração Universal consagra, em seu artigo 23º, o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego e a condições justas e favoráveis, refletindo a importância do trabalho como um direito fundamental para a dignidade humana. Complementarmente, o Protocolo de São Salvador, em seu artigo 6º, reforça que cada pessoa deve ter a oportunidade de obter meios para uma vida digna e decorosa, por meio de atividades laborais lícitas, escolhidas ou aceitas livremente.

Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelece um sistema de Normas Internacionais do Trabalho (NITs) que visa promover meios efetivos para que os indivíduos tenham acesso a um trabalho decente e produtivo. Essas normas são cruciais para orientar os Estados nacionais, fornecendo uma estrutura que ilustra o comportamento esperado e as capacidades que os indivíduos devem desenvolver para enfrentar desafios e se adaptar a mudanças no mundo do trabalho. A OIT (2020, p. 4) argumenta que essas normas são essenciais para garantir uma resposta contínua e sustentável a pandemias, como a covid-19.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, assegura o direito ao trabalho como um direito social fundamental, que deve ser pautado na dignidade da pessoa humana. Para que a interpretação do trabalho esteja em conformidade com a perspectiva constitucional, é imperativo que as condições de trabalho sejam dignas (Pompeu; Padilha Ramos, 2019, p. 10). Entretanto, a pandemia de covid-19 acentuou a perda de

condições laborais adequadas, resultando em uma violação dos preceitos constitucionais e exacerbando a precarização do trabalho em diversas dimensões.

Os efeitos da crise de saúde pública são evidentes: a estrutura produtiva da América Latina e do Caribe sofreu uma considerável insuficiência, levando a uma drástica redução nos gastos públicos e resultando em um decréscimo econômico acentuado. Isso se manifestou por meio da exploração física, mental e emocional dos trabalhadores (ONU, 2021, p. 1). O impacto da pandemia foi particularmente exacerbado pela falta de redes de segurança para milhões de indivíduos que perderam suas fontes de renda e emprego, ao mesmo tempo em que os sistemas de saúde lutavam para não colapsar.

O sistema de trabalho nos países latino-americanos e caribenhos é caracterizado por sua tradição, heterogeneidade e desigualdade. A ineficiência do sistema trabalhista apresenta efeitos contíguos e de longo prazo (Cepal, 2021, p. 20). A crise econômica provocou uma interrupção na criação de novos empregos remunerados, forçando a população a recorrer ao trabalho informal, incluindo o uso de aplicativos de entrega. Essa transição para o trabalho informal aumentou significativamente à medida que o comércio formal fechou suas portas, resultando em uma diminuição da contribuição para a previdência social e criando um déficit preocupante na seguridade social dos países (Amorim, 2020, p. 1).

A inovação e o progresso, que historicamente são promovidos em benefício da sociedade, devem ser alcançados com base em valores sociais construídos através de lutas árduas e coletivas (Costa; Gomes, 2020, p. 9). No entanto, a atual tendência de degradação das condições de emprego e renda afeta especialmente as classes mais vulneráveis, incluindo trabalhadores que não têm proteção previdenciária. Essa realidade é uma manifestação de um fenômeno global que, em última análise, viola os direitos humanos fundamentais, como o direito a jornadas de trabalho justas e à remuneração adequada, contribuindo para a instabilidade e insegurança no emprego, além de possibilitar a exploração sistemática dos trabalhadores na região (Silva; Santos; Pinchemel, 2020, p. 4).

As vulnerabilidades sociais e as deficiências na saúde pública são frequentemente exacerbadas pela prevalência de empregos temporários e sem proteção legal adequada. A pandemia trouxe à tona a exposição dos trabalhadores ao novo coronavírus, catalisando não apenas o processo de contágio, mas também desencadeando impactos psicológicos e sociais significativos (Assis, 2020, p. 213). O covid-19 escancarou as inadequações do sistema de proteção social da América Latina e do Caribe, apresentando o desafio de superá-las nas agendas nacionais desses países (Cepal, 2021, p. 82).

É imperativo que as políticas públicas abordem a ampliação, adequação e sustentabilidade dos sistemas de proteção social, a fim de reduzir a pobreza e a desigualdade, além de garantir condições básicas em futuras emergências. Um planejamento orçamentário cuidadoso, que garanta a concretização dos direitos consagrados nas Constituições, é de fundamental importância. Para isso, deve-se fomentar uma aliança robusta entre o governo, a sociedade civil e o setor empresarial, visando promover a regulamentação de novas formas de trabalho e garantir um crescimento econômico sustentável e equitativo.

A Recomendação sobre Emprego e Trabalho Decente para a Paz e Resiliência (nº 205), um dos padrões internacionais mais recentes, foi adotada por muitos países da América Latina e do Caribe e enfatiza que as respostas às crises devem assegurar o respeito aos direitos fundamentais e às Normas Internacionais do Trabalho. Essa recomendação oferece uma perspectiva estratégica para enfrentar as crises, propondo uma “implementação gradual e multidimensional” que envolve medidas abrangentes e coerentes para permitir a recuperação e reconstruir uma sociedade fragmentada pela pandemia (OIT, 2020, p. 5).

A abordagem estratégica requer a estabilização dos meios de subsistência e da renda por meio de políticas de proteção social e emprego, bem como a promoção da recuperação econômica, criação de oportunidades de trabalho decente e reintegração socioeconômica. A implementação de avaliações de impacto no emprego e o apoio a empregadores para mitigar riscos adversos aos direitos humanos e trabalhistas também são componentes essenciais dessa estratégia (OIT, 2020, p. 7).

A promoção do diálogo social, a negociação coletiva e a criação ou restauração de instituições do mercado de trabalho, com serviços que promovam a estabilização e a reconstrução, são fundamentais para todos os setores da sociedade. O cumprimento das Normas Internacionais do Trabalho deve ser uma prioridade, uma vez que contribui para fomentar uma cultura de diálogo social e colaboração no local de trabalho. Essa cultura é vital para a reconstrução e para a prevenção do aumento do desemprego, além de melhorar as condições de trabalho durante e após a pandemia. A integração do desenvolvimento sustentável e a transição da economia informal para a formal são urgentes e necessárias (OIT, 2020, p. 7).

Portanto, os governos devem buscar medidas efetivas que garantam uma renda básica, especialmente para as populações mais vulneráveis, além de expandir sistemas abrangentes de seguridade social e outros mecanismos de proteção social. A promoção do trabalho digno, fundamentada nas legislações nacionais e nos acordos internacionais, é uma

estratégia essencial para superar as implicações da covid-19 sobre o crescimento econômico da América Latina e do Caribe.

3.1 Brasil: O crivo do Supremo Tribunal Federal no federalismo de cooperação na pandemia

Diante das competências exclusivas, privativas, concorrentes e comuns estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi continuamente chamado a se pronunciar sobre a interpretação e o alcance das decisões que envolvem os Entes federativos, especialmente durante a crise de saúde pública provocada pela pandemia de covid-19. A discussão girou em torno dos limites dessas competências, especialmente no embate entre economia/crescimento econômico e saúde pública/isolamento social.

Exemplo significativo é a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, deferida parcialmente ad referendum pelo Ministro Alexandre de Moraes em 8 de abril de 2020:

[...] CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente. Intimem-se e publique-se (Brasil, 2020, p. 10).

A ADPF 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionava tanto atos de omissão quanto de comissão do Executivo Federal. A OAB argumentava que o governo federal agia de forma contrária às recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e não adotava medidas eficazes para combater a pandemia, interferindo negativamente nas ações dos Estados e Municípios. Conforme Bresser-Pereira (2020):

Não se pode dizer que o governo federal [...] demorou a tomar medidas para combater o vírus, porque, na realidade, não fez praticamente nada além de atrapalhar a atuação do SUS, dos governadores e prefeitos. [...] não havia política

para conter a pandemia até que [...] decidiram iniciar o confinamento por conta própria, apesar das críticas do Presidente [...]. (Bresser-Pereira, 2020, p. 146-147). (Tradução nossa)¹¹⁹.

A ADPF argumentou que a omissão e as ações do Executivo violavam princípios constitucionais fundamentais, como o direito à saúde (art. 6º e art. 196 da CF), o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF) e o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF). A atuação do governo federal, segundo a ação, desrespeitava a autonomia dos Estados e Municípios e dificultava a implementação de políticas públicas voltadas ao combate da pandemia. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que o caráter discricionário das ações do Presidente da República era sujeito a controle jurisdicional, ressaltando a necessidade de respeito aos direitos fundamentais.

O Ministro também destacou que a Constituição Federal prevê regras de competência para a proteção da saúde pública, e que o direito à vida e à saúde decorrem da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2020, p. 6). Como resultado, o STF reconheceu a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a adoção de medidas de saúde pública, como o isolamento social, quarentena e restrições de locomoção.

Sousa e Fabríz (2022, p. 18) observam que a separação de funções do Estado deve ser guiada pela prudência e moderação, e que a intervenção judicial em políticas públicas se justifica para adequar essas ações aos parâmetros constitucionais e proteger os direitos fundamentais à saúde sem violar a separação dos poderes.

O STF, ao garantir a cooperação entre os Entes federativos, tornou-se um exemplo para a América Latina e Caribe ao reforçar a importância do federalismo de cooperação no enfrentamento de crises sanitárias, garantindo a aplicação do princípio da simetria legal para assegurar o direito à saúde.

¹¹⁹ No se puede decir que el Gobierno federal, que era el principal responsable de la política que se debía aplicar, tardara en tomar medidas para combatir el virus, porque en realidad no hizo prácticamente nada excepto dificultar la actuación del Sistema Único de Salud (SUS) brasileño, los gobernadores y los alcaldes. De hecho no hubo una política de contención de la pandemia hasta que los funcionarios públicos asociados al SUS, los gobernadores de los estados y los alcaldes decidieron iniciar la política de confinamiento por su cuenta, a pesar de las críticas del Presidente, que no dejaba de decir que el problema no era grave, que no tenía sentido detener las empresas y las escuelas y que bastaba con suministrar a los hospitales y clínicas públicas de consulta externa dos medicamentos utilizados para la malaria (cloroquina e hidroxiclороquina), cuya eficacia contra el COVID-19 no se ha demostrado hasta ahora y que presentan importantes contraindicaciones. Los estudios realizados hasta la fecha muestran que estos medicamentos no funcionan ni siquiera cuando se suministran en la fase inicial de la enfermedad, como comenzó a recomendar el Ministerio de Salud por indicación del Presidente. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Brasil: efectos del COVID-19 y recuperación*. In *El COVID-19 y la crisis socioeconómica en América Latina y el Caribe* Revista de la Cepal N° 132, diciembre, 2020. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46838/1/RVE132_es.pdf. p. 146-147.

4 Reformas necessárias: o Estado Democrático de Direito e a teoria das capacidades de Amartya Sen na superação das desigualdades pós-pandemia

O Estado Democrático de Direito, conforme delineado em constituições modernas, busca assegurar o respeito aos direitos humanos e às garantias básicas mediante a criação de proteção jurídica. Essa normatividade deve promover o entrelaçamento da defesa, validade e manutenção da democracia, sendo a cidadania sua consequência prática mais expressiva (Guimarães, 2010, p. 4). Bobbio (1992, p. 5) salienta que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são historicamente situados, ou seja, surgem em contextos específicos e são conquistados por meio de lutas contínuas pela expansão das liberdades. A dignidade humana, nessa perspectiva, torna-se o eixo central desses direitos, dado que busca garantir uma vida digna em meio às adversidades impostas pelo contexto histórico e social.

A pandemia da covid-19 trouxe à tona desafios relacionados ao desenvolvimento humano, à distribuição de oportunidades e à efetivação dos direitos básicos, especialmente nas regiões mais vulneráveis. Amartya Sen, em sua teoria sobre o desenvolvimento como liberdade, oferece teoria pertinente para analisar o impacto da pandemia, uma vez que sua concepção de desenvolvimento não se restringe ao crescimento econômico, mas enfatiza a necessidade de ampliação das liberdades individuais e sociais. O desenvolvimento, para Sen, deve ser medido pela capacidade das pessoas de exercerem suas liberdades e realizarem suas potencialidades, e não apenas pela acumulação de riqueza.

A pandemia revelou e aprofundou desigualdades preexistentes, sobretudo na América Latina e no Caribe, onde as disparidades econômicas, sociais e de acesso a serviços essenciais, como saúde e educação, foram amplificadas. O papel do Estado nesse contexto é questionado. A formulação de políticas públicas eficazes, que protejam a saúde e promovam o desenvolvimento humano, torna-se essencial, ainda mais em um cenário de crise sanitária global. O impacto econômico da pandemia, aliado às limitações estruturais dos Estados latino-americanos, evidenciou a incapacidade de muitos governos de garantir as liberdades e oportunidades mínimas para sua população.

Amartya Sen (2010, p. 27) argumenta que o desenvolvimento humano não pode ser medido apenas pela renda ou pelo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), mas pela ampliação das capacidades e oportunidades dos indivíduos. A liberdade de escolher o tipo de vida que uma pessoa deseja levar é central na teoria de Sen, e isso inclui o acesso a bens

e serviços básicos que permitam a concretização dessas escolhas. No entanto, a pandemia trouxe consigo uma redução significativa dessas liberdades, uma vez que medidas de isolamento social e quarentena, necessárias para conter a disseminação do vírus, limitaram o acesso a diversas oportunidades, principalmente nas camadas mais vulneráveis da população.

A obra de Sen dialoga com a de outros pensadores, como Adam Smith, Kenneth Arrow e John Rawls, na medida em que explora a relação entre economia e justiça social. Smith (2013, p. 116), por exemplo, associa o desenvolvimento econômico à liberdade de comércio e à não interferência estatal. Para Sen, no entanto, o crescimento econômico deve estar intrinsecamente vinculado à melhoria das condições de vida e à promoção das liberdades. O Estado, nesse contexto, desempenha um papel fundamental ao garantir que o desenvolvimento econômico seja inclusivo e equitativo.

A pandemia evidenciou, de forma trágica, a falha dos Estados em assegurar a todos o mínimo existencial. A crise econômica e sanitária expôs a incapacidade de muitos governos em proteger suas populações mais vulneráveis, especialmente nas regiões mais pobres do mundo. No Brasil, por exemplo, o impacto desigual da pandemia sobre os diferentes grupos sociais refletiu as já existentes disparidades econômicas e raciais. Enquanto algumas camadas da população puderam se isolar e contar com suporte financeiro, outras, como as populações periféricas, foram forçadas a continuar trabalhando em condições precárias e com alto risco de contaminação.

Nesse cenário, a teoria das capacidades de Sen torna-se ainda mais relevante. Ao considerar a pobreza como uma privação de capacidades e não apenas como uma insuficiência de renda, Sen oferece uma nova perspectiva para entender os efeitos da pandemia. A privação de capacidades inclui a falta de acesso a cuidados de saúde, educação e oportunidades de emprego, elementos fundamentais para o desenvolvimento humano e social. Dessa forma, é possível argumentar que a pandemia não apenas aumentou a pobreza em termos econômicos, mas também exacerbou a privação de capacidades, reduzindo ainda mais as liberdades individuais e coletivas.

Varella (2003, p. 147) defende as ideias de Amartya Sen ao esclarecer que seria mais adequado considerar o nível de desenvolvimento dos países se a Organização Mundial de Comércio (OMC) incluísse um critério entendido como extensão das liberdades, com acesso a um maior número de escolhas dos indivíduos, expectativa de vida, acesso à informação,

grau de igualdade e comparação com outros parâmetros como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Martha Nussbaum, colaboradora e crítica da obra de Sen, amplia sua teoria ao propor um conjunto de “capacidades humanas funcionais centrais” que, segundo ela, deveriam ser constitucionalmente garantidas por todos os Estados. Entre essas capacidades estão o direito a uma vida digna, saúde física e mental, integridade corporal, imaginação, pensamento e emoções, além de afiliação, lazer e controle sobre o próprio ambiente político e material (Nussbaum, 2002, p. 78-80). A pandemia, no entanto, restringiu muitas dessas capacidades, especialmente para aqueles que já viviam em condições de vulnerabilidade.

A teoria de Sen também está intimamente ligada à justiça social, especialmente no que diz respeito ao papel das instituições políticas e econômicas em promover o desenvolvimento humano. Para Sen, o desenvolvimento é, antes de tudo, um processo de ampliação de liberdades, e isso só pode ser alcançado por meio de instituições democráticas fortes e inclusivas. John Rawls, cuja teoria da justiça influenciou profundamente o pensamento de Sen, argumenta que uma sociedade justa deve ser aquela que garante igualdade de oportunidades para todos os seus membros, independentemente de sua posição social ou econômica (Ghisleni; Spengler, 2011, p. 5).

Na América Latina e no Caribe, o impacto da pandemia sobre o desenvolvimento humano foi devastador. Países com sistemas de saúde fragilizados, economias dependentes de setores vulneráveis e profundas desigualdades sociais enfrentaram desafios sem precedentes. A ausência de políticas públicas eficazes para mitigar os efeitos da pandemia e a desigualdade na distribuição de vacinas evidenciaram a fragilidade das democracias e a falta de compromisso dos governos com a proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, a teoria de Sen e sua ênfase na necessidade de ampliar as liberdades e reduzir as desigualdades torna-se ainda mais evidente.

A relação entre dignidade e direitos humanos pode ser observada na posição de Sen que se aproxima de uma concepção universalista e, sobretudo, confere ao agente o direito à autonomia, pois lhe garante a oportunidade de buscar a vida que deseja (Pompeu; Padilha Ramos, 2019, p. 5). A pobreza, conforme definido por Sen (2010, p. 120), não é apenas a falta de renda, mas a privação de capacidades que impede as pessoas de realizarem seu potencial. Ser pobre em um país rico, segundo Sen, pode ser ainda mais prejudicial do que ser pobre em um país com menor desenvolvimento econômico, pois as disparidades dentro de sociedades mais desenvolvidas tendem a ser mais visíveis e mais opressivas. A pandemia

trouxe à tona essas disparidades, evidenciando que o acesso a serviços essenciais, como saúde e educação, é um dos maiores desafios para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse cenário, Yunus (2008, p. 44) argumenta que a exclusão financeira é um dos principais obstáculos para o desenvolvimento humano. Ele aponta que as pessoas de baixa renda pagam mais pelos serviços financeiros básicos, e muitas vezes sequer têm acesso a eles. A pandemia, ao interromper as atividades econômicas em várias partes do mundo, exacerbou essa exclusão, dificultando ainda mais o acesso das populações vulneráveis a serviços essenciais e a oportunidades de desenvolvimento. Yunus propõe o microcrédito como uma solução para esse problema, permitindo que as pessoas em situação de pobreza tenham acesso a recursos financeiros e possam investir em seu próprio desenvolvimento.

A pandemia de covid-19, ao intensificar a privação de capacidades e a desigualdade social, trouxe à tona a importância da justiça distributiva e da necessidade de políticas públicas que priorizem o bem-estar social. Para Sen, o desenvolvimento humano só pode ser alcançado por meio da ampliação das liberdades, e isso exige um compromisso político com a justiça social e a igualdade de oportunidades. O mínimo existencial, nesse sentido, deve ser garantido a todos, independentemente de sua condição social ou econômica. O Estado, como responsável pela implementação de políticas públicas, tem a obrigação de assegurar que todos tenham as mesmas oportunidades de desenvolver suas capacidades e viver uma vida digna.

Sen propõe a eliminação de uma justiça meramente teórica, defendendo uma regulação prática que busca resolver injustiças em situações concretas. Para ele, todos devem ter as mesmas oportunidades para enfrentar os desafios e expandir suas capacidades, sendo o mínimo existencial um direito inalienável de todos (Camara; Pompeu, 2017, p. 26). Molinaro (2017, p. 4) sustenta que não é mais possível conceber um Estado Democrático de Direito sem considerar os direitos humanos em duas direções fundamentais: o Estado como garantidor dos direitos das pessoas e o Estado como ente político na ordem interna e internacional.

O constante intercâmbio entre as relações humanas exige uma legislação que abarque questões transnacionais, principalmente em relação aos direitos humanos e sua implementação nos Estados Nacionais (Barros, Nascimento, 2021, p. 23). Esse ponto se tornou ainda mais evidente durante a pandemia, quando as respostas governamentais

variaram amplamente, expondo disparidades no acesso à saúde, proteção social e oportunidades econômicas em diferentes países.

Portanto, o impacto da pandemia sobre o desenvolvimento humano, segundo a perspectiva de Amartya Sen, deve ser entendido como uma oportunidade para repensar o papel do Estado e das instituições na promoção de uma sociedade mais justa e equitativa. A ampliação das liberdades, a redução das desigualdades e a garantia de um mínimo existencial para todos são elementos fundamentais para a construção de um futuro pós-pandêmico mais inclusivo e sustentável.

Considerações Finais

Em períodos de crise global, as Normas Internacionais do Trabalho constituem uma variável essencial para a formulação de políticas públicas que visam a promoção do trabalho decente, o desenvolvimento sustentável e a justiça social. Esses padrões, adotados por representantes de governos e organizações internacionais como a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), articulam uma abordagem centrada nas pessoas, priorizando o crescimento econômico inclusivo, o desenvolvimento humano e a construção de sistemas políticos mais equitativos.

A Cepal, como organização internacional de referência, exerce papel estratégico na promoção do desenvolvimento econômico e social dos países da América Latina e do Caribe. Sua influência se estende além das fronteiras regionais, facilitando o diálogo entre nações, fortalecendo cooperações multilaterais e promovendo políticas públicas voltadas para a mitigação das consequências devastadoras da pandemia de covid-19. Nesse sentido, o papel da Cepal não se limita à esfera econômica, mas se expande para a promoção do desenvolvimento humano, o que é essencial para enfrentar os desafios de recuperação pós-pandemia.

No entanto, para que esses objetivos sejam alcançados de forma eficaz, é indispensável que haja um esforço conjunto entre os países latino-americanos, caribenhos e organizações internacionais. Esse esforço deve se traduzir em políticas públicas que respondam às necessidades urgentes das populações mais vulneráveis, criando empregos de qualidade e promovendo mecanismos de proteção social robustos. O alinhamento dessas políticas com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) é fundamental, uma vez

que esses princípios oferecem um quadro para garantir a justiça social e a recuperação econômica em médio e longo prazos.

A confiança mútua, construída a partir de um diálogo contínuo entre governos, instituições e sociedade civil, é um pré-requisito para a formulação de políticas eficazes. Em tempos de alta tensão social e desconfiança nas instituições, o fortalecimento de mecanismos de diálogo social é imperativo. Somente através desse diálogo será possível construir uma estrutura de colaboração, que promova a criação de empregos decentes e políticas ativas de inclusão social. Essas políticas devem, sobretudo, assegurar um mínimo existencial para todos os cidadãos, proporcionando as condições necessárias para o exercício pleno de suas liberdades individuais e coletivas.

Além das políticas de emprego, é essencial que medidas macroeconômicas sejam adotadas para estabilizar as economias regionais. Políticas fiscais e monetárias adequadas, incluindo o estabelecimento de um salário mínimo condizente com as condições de vida locais e o controle da inflação, são essenciais para garantir a proteção dos trabalhadores mais vulneráveis e a redução das desigualdades sociais. A manutenção de salários justos, alinhados ao poder de compra e ao nível de inflação, é uma ferramenta fundamental para a promoção de justiça social e melhoria das condições de vida.

Nesse contexto, torna-se evidente pensar em uma Cepal mais independente e assertiva, capaz de enfrentar de maneira mais eficiente as novas demandas sociais e econômicas. A pandemia de covid-19, além de intensificar desigualdades preexistentes, introduziu uma nova dinâmica social que requer respostas inovadoras e coordenadas. Para que a recuperação econômica seja eficaz, é necessário que ela esteja vinculada ao fortalecimento das liberdades individuais, das oportunidades e das capacidades, conforme a teoria de Amartya Sen. A recuperação econômica, para ser verdadeiramente inclusiva e sustentável, deve estar centrada no ser humano, utilizando uma combinação de políticas que promovam o crescimento econômico com inclusão social, respeitando a dignidade e os direitos de todos os indivíduos.

A Cepal, nesse sentido, pode desempenhar um papel central no apoio à América Latina e ao Caribe para superarem os desafios econômicos e sociais pós-pandemia. Ao fomentar o desenvolvimento humano baseado em liberdade, oportunidades e capacidades, a Cepal reafirma seu compromisso com a construção de uma região mais justa, equitativa e sustentável, alinhada aos ideais de justiça social e dignidade humana.

Referências

AMORIM, Wilson. USP. *Pandemia da covid-19 acentuou precarização das relações de trabalho. O professor Wilson Amorim fala que a informalidade apresenta efeitos imediatos, muito influenciados pela reforma trabalhista, mas também traz consequências a longo prazo.* Post category: Atualidades / Rádio USP. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=339045>. Acesso em: 18 jul. 2024.

ASSIS, Denise. *Home Office promete ser um dos principais legados da pandemia do coronavírus.* In: AUGUSTO, Cristiane B.; SANTOS, Rogério D. *Pandemia e pandemônio no Brasil.* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 206-218. Disponível em: <http://www.unicap.br/catedradomhelder/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandemo%CC%82nio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BÁRCENA, Alicia; CIMOLI, Mario. *Asimetrías estructurales y crisis sanitaria: el imperativo de una recuperación transformadora para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe.* Revista de la Cepal n° 132, 2020. LC/PUB.2021/4-P p. 17-46. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46822/1/RVE132_Barcelona.pdf. Acesso em: 18 jul. 2024.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Cinqüenta anos de pensamento na Cepal.* Tradução de Vera Ribeim Ribeiro. Rio de Janeiro; Record, 2000.

BARROS, Hugo Marinho Emidio de; NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do. *Globalização e proteção aos direitos humanos: do transconstitucionalismo ao constitucionalismo multinível no desenvolvimento de um direito constitucional internacional.* RJLB, Ano 7, n° 1, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lex. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867936&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto n° 3.321, de 30 de dezembro de 1999.* Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Brasil: efectos del covid-19 y recuperación.* In *El covid-19 y la crisis socioeconómica en América Latina y el Caribe.* Revista de la Cepal N° 132, diciembre, 2020. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46838/1/RVE132_es.pdf. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Conceito Histórico de Desenvolvimento Econômico.* Escola de Economia de São Paulo, Getulio Vargas Foundation (Brazil), Textos para discussão. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/23646127_O_Conceito_Historico_de_Desenvolvimento_Economico. Acesso em: 30 jul. 2024.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Néilson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L’ Etàt dei Diritti.

CAMARA, Manuela Brito; POMPEU, Gina Marcílio. *Educação e democracia na perspectiva de Martha Nussbaum e a reforma da lei n° 9.394/1996*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe), Bebedouro, v. 5, n.1, p. 152-184, jan./jun. 2017.

Cepal. *Desastres y desigualdad en una crisis prolongada: hacia sistemas de protección social universales, integrales, resilientes y sostenibles en América Latina y el Caribe, 2021*. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47375-desastres-desigualdad-crisis-prolongada-sistemas-proteccion-social-universales>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Cepal. *Estados Miembros*. 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/estados-miembros>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Cepal. *Historia de la Cepal*. 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/historia-de-la-cepal>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Cepal. *Mandato y Mision*. 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/mandato-y-mision>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Cepal. *Sitio*. 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/es>. Acesso em: 25 jan. 2022.

COSTA, J. de C.; GOMES, A. V. M. *A Precarização Do Trabalho Na Economia Compartilhada: O Caso Uber*. Prim Facie, [S. l.], v. 19, n. 41, p. 55–95, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2020v19n41.44086. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/44086>. Acesso em: 18 jul. 2024.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *A Justiça como Equidade na Teoria de John Rawls: a mediação enquanto política pública de sua concretização*. Desenvolvimento em Questão. Editora Unijuí, ano 9, n. 18, jul./dez., 2011.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e Direito Penal. A defesa do Estado Democrático no âmbito Punitivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 286p.

MOLINARO, Carlos. *Dignidade, direitos humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva*. Revista de Bioética y Derecho. Rev Bio y Der. 2017.

NUSSBAUM, Martha. *Patriotism and cosmopolitanism*. In COHEN, Joshua (ed.). *For love of country?* Boston, Beacon Press, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. (OIT). *As normas da OIT e a covid-19 (coronavírus), 2020*.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. (OIT). *Recomendação sobre Emprego e Trabalho Decente para Paz e Resiliência, 2017 (N°205)*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3330503. Acesso em: 14 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Artigo XXVIII, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (ONU). *OIT alerta para recuperação lenta do emprego e aumento da desigualdade*. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/129573-oit-alerta-para-recuperacao-lenta-do-emprego-e-aumento-da-desigualdade>. Acesso em: 13 jul. 2024.

POMPEU, Gina Marcilio; PADILHA RAMOS, Lara Castro. *O conceito de trabalho decente revisitado sob a perspectiva de Amartya Sen*. Revista direitos sociais e políticas públicas – UNIFAFIBE, v. 7, p. 103-133, 2019.

THE WORLD BANK. *Perspectivas Econômicas Globais*. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects>. Acesso em: 30 jul. 2024.

THE WORLD BANK. *Global Economic Prospects 2023*. Washington, D.C.: The World Bank, 2023.

THE WORLD BANK. *Taxar a riqueza para equidade e crescimento*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2024/10/09/taxing-wealth-for-equity-and-growth>. Acesso em: 09 out. 2024.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino; PINCHEMEL, Elisa de Sousa Ribeiro. *covid-19 o dever de realizar o acesso à saúde no MERCOSUL*. Revista Observatório, Palmas, v. 6, n. 3 (Especial 1), p. 1-24, maio 2020 e-ISSN nº 2447-4266. Vol. 6, n. 3 (Especial 1), Maio. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2020v6n3a14pt>. Acesso em: 02 jul. 2024.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Vol. I. 2 edição. wmfmartinsfontes: São Paulo, 2013

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; FABRIZ, Daury Cesar. *A separação dos Poderes e o controle jurisdicional da transparência das Políticas Públicas de Enfretamento ao Coronavírus no Brasil: exame da constitucionalidade do julgamento do Supremo Tribunal Federal, na arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 690-DF, que estabeleceu o conteúdo da publicidade das informações sobre a Covid-19*. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 9, n. 1, p. 66-86, 2022.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 452 p. ISBN 85-7308-671-8.

YUNUS, Muhammad. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática, 2008, 263p.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 16/10/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 27/12/2024

Publicado em 29/12/2024

Direitos culturais e direitos autorais: seus conflitos perante as novas tecnologias

Cultural rights and copyright laws: conflicts before new technologies

Debora Lacs Sichel¹²⁰

<https://orcid.org/0000-0003-0448-9408>

deblacs@yahoo.de

Aurora Bertassoni Schwinn¹²¹

<https://orcid.org/0009-0000-2413-2815>

aurora.schwinn@edu.unirio.br

Resumo

O presente artigo visa discutir os direitos culturais e suas relações com os direitos autorais a partir do surgimento de novas tecnologias, em especial a internet, com a popularização de serviços de streaming e sites de criação de conteúdo, como o *YouTube*. Foi desenvolvida uma pesquisa explicativa, a fim de entender a relação entre direitos autorais e culturais e os impactos em tal relação a partir do desenvolvimento da internet e de novas tecnologias. A partir de tal pesquisa foi possível entender tal relação, seus aparentes conflitos e a necessidade de ponderação entre os direitos culturais e autorais, sob a perspectiva do interesse público e da função social da propriedade. Com isso, concluiu-se que a atualização da legislação brasileira de direitos autorais, visando incluir as relações advindas das novas tecnologias, e mais pesquisas sobre o tema são necessárias.

Palavras-chave: direitos culturais; direitos autorais; novas tecnologias; *streaming*.

Abstract

This article aims to discuss cultural rights and their relations with copyright laws since the development of new technologies, especially the internet, with the popularization of streaming services and sites of content creation, like YouTube. It was developed research, aiming to understand the relation between copyright laws and cultural rights and the impacts of this relation with the development of the internet and new technologies. With this research, it was possible to understand this relation, its apparent conflicts and the need of weighting between cultural rights and copyright laws, under the perspective of public interest and the social function of the property. In conclusion, the update of the Brazilian

¹²⁰ Doutora em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Professora da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

¹²¹ Graduanda do Curso de Graduação de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

copyright laws, aiming to include the relations that came up with the new technologies, and more research about the issue is necessary.

Keywords: *cultural rights; copyright laws; new technologies; streaming.*

1 Introdução

Os direitos culturais são reconhecidos por serem de suma importância para a livre expressão de identidades culturais de diferentes povos, sendo o elemento que caracteriza a formação de um povo, além do pertencimento que o indivíduo tem com sua comunidade. Assim, a proteção e incentivo destes, manifestada como o pleno acesso à vida cultural e científica e sua manifestação, a livre produção de obras culturais e científicas, sendo garantida à proteção a interesses materiais e morais de produções autorais para o autor, além do direito à diversidade e à identidade cultural e da preservação ao patrimônio histórico e cultural, é dever do Estado, conforme diz a Constituição Federal de 1988, em seus art. 5º, IX, XXVII, XXVIII, LXXIII e art. 215 (Brasil, 1988).

Os direitos e garantias trazidos por este último artigo também podem ser considerados como garantias fundamentais, em face do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (Mendes, 2022, p. 749), que admite outros direitos e garantias fundamentais além dos expressamente previstos no Título II da Constituição, decorrentes dos princípios por ela adotados, como a dignidade da pessoa humana. Além disso, os direitos culturais estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu Artigo 27 (Organização das Nações Unidas, 1948).

Assim, o estudo sobre os direitos culturais e autorais e suas relações com a difusão do acesso à cultura e ao conhecimento, é relevante na época atual em que se vive. Além disso, as questões socioeconômicas que influenciam o acesso à vida cultural e intelectual e as inovações tecnológicas que ocasionam o maior acesso às fontes culturais, mas também um risco de violação dos direitos autorais, pela possibilidade de uma pirataria desenfreada, é pertinente à temática e relevantes para a atualidade (Cavalcante, 2016, p. 245-246).

1.1 Contextualização do tema

A análise sobre os direitos culturais e autorais no mundo atual globalizado enseja uma discussão sobre as inovações tecnológicas em plataformas digitais. Elas permitem o acesso a uma ampla gama de produções artísticas e intelectuais, sem a necessidade de

comprar o produto físico, nem digital, já que, nestas plataformas, há apenas a reprodução de obras, sem adquirir sua cópia autorizada para uso e reprodução pessoal (streaming). Assim, o custo ao consumidor é diminuído, permitindo uma maior difusão do conhecimento e da cultura.

Apesar disso, há ainda uma profunda falta de acesso ao conhecimento e à cultura, especialmente entre os mais pobres, já que a maioria destas plataformas agem pela lógica do lucro, e não da democratização ao acesso destes conteúdos para todos. Também não há um grande retorno material aos autores, já que seus objetivos são a busca pelo máximo de lucro, diminuindo assim a compensação material aos indivíduos criativos, focando apenas nas receitas de grandes conglomerados internacionais da indústria cultural e das próprias plataformas (Wachowicz; Virtuoso, 2018, p. 5-7).

Ainda assim, é obrigatório o pagamento de direitos autorais nestes serviços de streaming, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.559.264/RJ, da Segunda Seção, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, de julgamento no dia 08 de fevereiro de 2017, dependendo também de prévia e expressa autorização do autor para utilização de sua obra, conforme a Lei 9.610/1998, de acordo com o entendimento do STJ (Brasil, 2017).

Com isso, surge a necessidade da análise dessas plataformas em relação à legislação vigente e ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta os direitos autorais e culturais, além da difusão do conhecimento e da cultura.

1.2 Metodologia

Foi realizada uma pesquisa explicativa, com análise sobre as novas plataformas de streaming, sejam de livros, músicas ou produções audiovisuais, e seus impactos sobre os direitos culturais, autorais e do acesso a estas fontes de informação e cultura, bem como sua influência sobre as questões financeiras deste contexto, como o pagamento de direitos autorais.

Para realizar tal pesquisa explicativa, foi elaborada uma pesquisa documental, com a análise qualitativa de documentos oficiais, como legislações pertinentes, tratados internacionais, a DUDH, além da Constituição Federal, concomitantemente com uma pesquisa bibliográfica, usando-se de artigos científicos e livros.

1.3 Objetivos

Este trabalho tem como objetivo entender o impacto das novas plataformas de streaming sobre os direitos culturais e autorais. Com isso, será possível entender: se elas auxiliaram a difusão de obras para o público, ocasionando o maior acesso ao conhecimento e à cultura; qual foi o impacto sobre os autores em relação aos direitos autorais devidos a eles pela reprodução, nestas plataformas, de suas obras; se estas plataformas contribuíram para diminuição de custos com o acesso a livros, filmes, séries e músicas; e se elas ocasionaram maior inclusão ou exclusão em relação à população mais pobre.

2 Direitos culturais

A relação entre cultura e Direito é destacada pela influência que a cultura exerce sobre o campo do Direito, principalmente em relação à interpretação, à aplicação e à efetividade das normas jurídicas, já que estas não estão em um plano sem interferência das demais áreas de conhecimento, e os intérpretes do Direito são também influenciados pela economia, política e, principalmente, pela cultura. Assim, o Direito reconhece a expressão cultural como importante para a vida em sociedade (Souza, 2011, p. 419-420).

Contudo, a cultura como objeto do Direito é historicamente recente, já que o próprio respeito à diversidade cultural dos diferentes povos ao redor do mundo também apenas começou a ser difundido no século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o movimento de internacionalização dos direitos humanos, tendo como marco a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, na Conferência de São Francisco (Ramos, 2013, p. 43). A partir de tal movimento, os direitos culturais começaram a ser valorizados, como o direito à experiência cultural e à participação da vida cultural, além do respeito às especificidades das culturas dos mais diferentes povos, presentes no Artigo 27 da DUDH (Organização das Nações Unidas, 1948).

Assim, os direitos culturais podem ser entendidos como uma série de garantias que as pessoas em geral apresentam, como a liberdade de manifestação do pensamento e da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, conforme estabelece o art. 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Além disso, também na Constituição, a Seção II do Capítulo III do Título VIII da Constituição Federal traz disposições relevantes à temática, com a garantia, pelo Estado, ao pleno exercício da cultura por todos. Outrossim, define o patrimônio cultural brasileiro, em seu art. 216, e institui o Sistema Nacional de Cultura, no art. 216-A (BRASIL, 1988), temas que serão abordados daqui para frente. Contudo, é importante destacar que as normas jurídicas que estabelecem os direitos culturais ainda carecem de melhor compreensão e maior aplicação, ocasionando a falta de efetivação dos direitos culturais (SOUZA, 2011, p. 420).

Para o Supremo Tribunal Federal, “a liberdade de expressão engloba a *livre manifestação do pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica*” (Ramos, 2013, p. 500). Tal liberdade possui duas facetas: a que garante a expressão do pensamento e a que assegura que os demais recebam à manifestação do pensamento de outra pessoa (Ramos, 2013, p. 500).

A liberdade de expressão se relaciona com os direitos culturais já que aquela assegura a livre expressão desta, além da garantia de poder receber, assistir e ter o direito a aproveitar da expressão artística, intelectual e cultural. É a partir da liberdade de expressão que se torna possível a manifestação por meio de eventos culturais de determinadas regiões e culturas diferentes, como a indígena, ou a escrita de textos, poemas, livros, como forma de manifestação cultural literária, além da participação nas experiências culturais e na vida cultural, independentemente de censura ou licença, conforme preconiza o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Além disso, o art. 215 da Constituição Federal estabelece que o Estado garante a todos, além do pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional e o apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais. Também estabelece a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (Brasil, 1988).

No tocante a esse último ponto, apesar de iniciativas do Poder Público para enfrentar o racismo religioso e a discriminação contra outras culturas e religiões (que também são formas de manifestações culturais e asseguradas por meio dos direitos culturais), como a Lei nº 7.716/1989, recentemente alterada pela Lei nº 14.532/2023, para incluir dispositivos legais específicos sobre a prática de atos de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional no contexto de atividades artísticas ou culturais, ainda é comum observar ações preconceituosas voltadas a essas manifestações culturais e religiosas, além

das manifestações relacionadas à cultura indígena, por serem culturas de grupos sociais minoritários que sofrem discriminação (Cavalcante, 2016, p. 246-252).

O direito de acesso à cultura é considerado primordial no contexto dos direitos culturais, já que é condição para a fruição dos direitos culturais, condicionando-os, afetando sua efetividade. Sem o acesso, não é possível a participação em manifestações culturais e artísticas, nem a própria expressão cultural, sendo o que permite o exercício dos demais direitos culturais (Souza, 2011, p. 427-428).

Assim, são diversos os direitos culturais garantidos pela Constituição Federal, além da previsão constitucional de que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”, em seu art. 216, parágrafo 3º (BRASIL, 1988), o que é realizado por meio da Lei Rouanet e outras iniciativas do Poder Público (Cavalcante, 2016, p. 252).

Além disso, o desenvolvimento tecnológico encontrado atualmente permite uma maior e mais rápida difusão da produção de obras culturais e artísticas, além do maior conhecimento sobre expressões e manifestações da cultura, que antigamente eram mais restritas. Por isso, é possível dizer que o uso de novas tecnologias, como a internet e as redes sociais, possibilitou o maior acesso e a maior efetivação dos direitos culturais. Apesar disso, é preciso analisar mais atentamente se as novas tecnologias são maléficas aos autores destas produções difundidas, havendo prejuízos a ele e violações de direitos autorais, ou se não há prejuízo econômico ao autor e, inclusive, maior divulgação de suas obras (Branco Júnior, 2017, p. 3-4).

3 Direitos autorais

Os direitos autorais são considerados direitos fundamentais já que estão previstos no art. 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, que estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (Brasil, 1988). Assim, a Carta Maior do Brasil protege a obra intelectual do autor de utilização sem a devida autorização, além da proteção contra publicações e reproduções sem o devido reconhecimento do autor.

Assim, é necessário que a proteção da obra intelectual se distingue do suporte físico em que aquela se encontra. Os direitos autorais e, conseqüentemente, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), visa proteger a obra intelectual, e não seu suporte material.

Por isso, a pessoa que compra um livro impresso tem todos os direitos de propriedade sobre ele, e poderá vender, doar, e até destruir o bem. Contudo, possuirá sobre o texto do livro (obra intelectual) direitos distintos dos direitos de propriedade, na extensão em que a lei ou o titular dos direitos autorais tenham outorgado (Branco, 2013, p. 1-2).

Os direitos autorais dividem-se em dois: morais e patrimoniais. O direito moral do autor o protege nas relações pessoais e intelectuais com a obra (Branco, 2013, p. 6). Ele protege a ligação entre criador e obra, possibilitando aos autores, conforme o art. 24 da Lei de Direitos Autorais, os direitos de: reivindicar a autoria da obra; ter seu nome indicado como sendo o autor da obra na utilização de sua obra; conservar a obra inédita; assegurar a integridade da obra, opondo-se a qualquer modificação que possa atingir a reputação ou honra do autor; modificar a sua obra, antes ou depois de utilizada; retirar de circulação a obra ou suspender a utilização já autorizada, caso a circulação; ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em posse de outrem, a fim de preservar sua memória, por meio de processo fotográfico ou assemelhado (Branco, 2013, p. 6-7).

O direito moral do autor surge a partir do ato de criação intelectual e da exteriorização de sua obra. Não se trata de um direito único, mas vários direitos que nascem desse fato e têm a finalidade de proteger a relação do autor com a obra, garantindo seu reconhecimento como autor e lhe oferecendo maneiras de assegurar a integridade da obra, além de resguardar sua honra e reputação (Branco, 2013, p. 8-10). Além disso, são imprescritíveis, pois o prazo de setenta anos a que se refere o art. 41, *caput*, da Lei de Direitos Autorais apenas é aplicável aos direitos patrimoniais do autor, e não aos direitos morais do autor (Brasil, 1998).

Já os direitos patrimoniais do autor garantem ao seu titular o proveito financeiro e econômico de suas obras (Branco, 2013, p. 18), dependendo de sua prévia autorização a utilização dessas, por meio da reprodução total ou parcial, edição, adaptação e outras transformações, tradução, inclusão em fonograma ou audiovisual, distribuição, utilização e inclusão em base de dados e demais formas de arquivamento, conforme preconiza o art. 29 da Lei de Direitos Autorais (Brasil, 1998). Contudo, a lista do art. 29 é meramente exemplificativa, não exaurindo as manifestações dos direitos patrimoniais do autor, sendo que o uso de obra protegida deve ser prévia e expressamente autorizada (Branco, 2013, p. 19).

Assim, a legislação brasileira oferece proteção aos autores de obras intelectuais, sejam músicas, filmes, séries, entre outros. Essa proteção se dá tanto na forma de integridade

e conexão pessoal com a obra, preservando a sua intenção ao criá-la, quanto na forma do proveito econômico recebido a partir dela.

As novas tecnologias, apesar de terem aumentado o acesso às obras culturais e intelectuais e ampliado a difusão de tais obras, permitindo que os autores se tornem mais conhecidos e que suas obras sejam fácil e amplamente divulgadas, também podem diminuir a eficácia dos direitos autorais, já que seus principais instrumentos são baseados no poder de impedir a reprodução, distribuição e utilização de obras sem a prévia e expressa autorização do autor. Com isso, existe um claro conflito entre a maior divulgação das obras por meio da internet e de serviços de streaming, por exemplo, e os direitos autorais (Nascimento; Macedo, 2016, p. 133-134).

4 As novas tecnologias e os direitos autorais e culturais

Considerando que a LDA é um produto do mundo de 1990, em que a internet ainda não era amplamente utilizada e difundida, e muito menos usados eram os serviços de streaming por meio da internet, é possível dizer que a Lei de Direitos Autorais não planejou o avanço tecnológico e esse conflito. Contudo, é possível entender serem aplicáveis suas disposições aos serviços de streaming, já que tal lei protege a transmissão de imagens e sons, havendo semelhanças entre as atividades de radiodifusão, em que a proteção autoral e a necessidade de prévia e expressa autorização do autor para sua emissão é expressamente prevista, e na atividade de streaming, em que existe a emissão de conteúdo audiovisual para consumo da população (Fajardo, 2016, p. 34-36).

Além disso, o STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.559.264/RJ, entendeu que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução da obra para a configuração de um local como de frequência coletiva, sendo relevante apenas a colocação das obras à disposição de pessoas frequentadoras do ambiente digital, que poderão acessar as obras ali disponibilizadas a qualquer tempo. Sendo assim, o STJ firmou entendimento no sentido de que a execução pública de uma obra pela internet é a sua disponibilização por meio da transmissão em si considerada, observando o potencial alcance para uma quantidade indeterminada de pessoas (Brasil, 2017).

Com isso, a proteção dos direitos autorais também é aplicada nos ambientes virtuais e, principalmente, sobre as plataformas de streaming, já que que são obrigadas a remunerar

os autores das obras que disponibilizam em seus sites e em suas plataformas (Nascimento; Macedo, 2016, p. 134-136).

Entretanto, apesar da proteção dos direitos autorais incidente sobre o uso de obras por plataformas de streaming, há um descontentamento dos artistas com tais plataformas, já que é necessário um elevado número de usuários para que haja rentabilidade justa para os autores. Tal descontentamento com a remuneração sinaliza o conflito entre a proteção dos direitos autorais e o sistema de disponibilização de obras intelectuais pelos streamings de músicas, filmes, séries, livros, entre outros (Wachowicz; Virtuoso, 2018, p. 5-7).

Assim, ao mesmo tempo que as plataformas de streaming e o uso da internet contribuem para a difusão do acesso a obras culturais e intelectuais, ampliando o gozo dos direitos culturais, elas geram preocupações aos autores, que podem não ter a remuneração que têm direito garantida, além da divulgação e utilização não utilizada de suas obras. Outra forma de utilização de obras alheias muito debatida no cenário atual é o uso da imagem alheia, em conjunto de suas obras, na plataforma *YouTube* (Guimarães, 2022, p. 20-24).

Os criadores de conteúdo no *YouTube* muitas vezes utilizam os vídeos e a imagem de outros criadores de conteúdo para a mesma plataforma para realizar “*reacts*”, uma forma de vídeo em que um criador de conteúdo “reage” ao vídeo de outro criador de conteúdo. Tal utilização de conteúdo alheio muitas vezes não é expressamente autorizado pelo outro criador, o que gera certas dúvidas referentes à aplicação de direitos autorais.

A LDA prevê que não constitui ofensa de direitos autorais quando a reprodução se der na imprensa, com o objetivo informativo, ou quando a reprodução em si, de obras alheias, não seja o objetivo principal da nova obra e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida pelo autor, nem cause prejuízo a ele (Brasil, 1998). A partir disso, é perceptível que vários criadores de conteúdo no *YouTube* utilizam outras obras com o intuito informativo, como vídeos em formato de noticiário. Além disso, em relação à segunda exceção, é possível argumentar que os criadores de conteúdo utilizam de outros vídeos e obras com o intuito de produzir uma nova obra, em que a utilização não é o objetivo principal, nem constitui obstáculo à exploração normal das obras alheias, muito menos prejuízo (Guimarães, 2022, p. 43-45).

Diante de toda essa discussão, é visível a necessidade de uma atualização na legislação de direitos autorais no Brasil, visando a efetiva proteção dos direitos autorais, porém levando em consideração as novas tecnologias e novos modelos de exploração e utilização de obras intelectuais e artísticas, além da garantia dos direitos culturais.

5 O aparente conflito entre direitos culturais e autorais

Os direitos culturais e autorais parecem ser conflitantes um com o outro, em razão de que a expansão máxima de um, os direitos culturais, seria uma violação ao outro, os direitos autorais. Porém, a antinomia existente entre os dois é apenas aparente, já que a efetivação dos direitos culturais também leva em consideração a proteção aos direitos morais e patrimoniais do autor, como forma de preservação da conexão existente entre o autor e sua obra, a garantia da remuneração ao trabalho que o autor teve na criação da obra, e o incentivo à produção intelectual, cultural, artística e científica, já que, em uma sociedade em que há proteção do autor, com garantia de direitos, há o incentivo para a criação de mais obras, em razão da garantia da fruição de tais direitos.

Os direitos autorais, assim, com a popularização da internet, passaram a atingir condutas realizadas pelo cidadão comum na internet, como o compartilhamento de vídeos e obras pela internet, sendo inevitável a relação e o conflito entre o direito de acesso à cultura e os direitos autorais (Guimarães, 2022, p. 33-34).

Com isso, conflitos envolvendo a utilização e divulgação de obras de terceiros acontecem, especialmente envolvendo criadores de conteúdo do *YouTube*, e, muitas vezes, recorre-se ao Judiciário. O Poder Judiciário busca a ponderação de princípios e direitos envolvidos na aplicação da LDA nos casos concretos, já que tais casos acabam por envolver direitos fundamentais como a liberdade de expressão, o acesso à informação e os direitos culturais, além dos direitos autorais (Guimarães, 2022, p. 61-62).

A Constituição Federal garante tanto os direitos culturais de acesso à informação, à educação, à cultura e a liberdade de expressão, quanto os direitos autorais e o direito exclusivo da utilização, publicação ou reprodução de obras aos seus autores. A garantia de todos esses direitos acaba entrando em conflito porque, ao se limitar a utilização e o compartilhamento de obras, visando resguardar os direitos morais e patrimoniais do autor, acabam por restringir a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais mencionados (Guimarães, 2022, p. 62-67).

Além disso, o art. 2º do Marco Civil da Internet estabelece que a disciplina e o uso da internet no Brasil têm como fundamento o respeito à liberdade de expressão, o que contribui para o conflito com os direitos autorais (Brasil, 2014). O fácil acesso a qualquer tipo de conteúdo e sua divulgação nas redes sociais, permite que obras sejam utilizadas no

ambiente virtual para expressar ideias e permitir processos criativos, como produção de obras intelectuais e artísticas (Guimarães, 2022, p. 65).

Esse conflito jurídico também possui contornos éticos, filosóficos e econômicos, pois se trata do embate entre o compartilhamento de informações, que incentiva o desenvolvimento intelectual, econômico e social do país e do mundo, e da proteção dos interesses de quem criou as obras objeto de compartilhamento. Assim, existe um conflito entre o interesse privado dos autores e o interesse público de toda a sociedade para a construção do conhecimento e da cultura a partir de obras já realizadas. Com isso, o direito que regulamenta a informação não pode servir apenas para proteger interesses econômicos privados, mas sim como importantes para toda a sociedade, sendo de interesse público (Lot Júnior, 2009, p. 68-69).

A partir de tal perspectiva, é possível entender que existe uma função social do direito autoral e do direito da propriedade intelectual, em que há uma prevalência do interesse social em relação ao individual, em que tais direitos devem atender às suas finalidades sociais. Com isso, o limite aos direitos autorais resguarda o interesse público nas obras, permitindo sua difusão e o acesso mais amplo à produção de conhecimento (Lot Júnior, 2009, p. 60-63).

Com isso, a ponderação entre os direitos culturais e autorais mostra-se possível, em que a limitação do direito autoral visa proteger o interesse de toda a sociedade sobre a divulgação de obras intelectuais, a fim de que sejam protegidos os direitos de acesso à informação, à cultura e à educação.

Além disso, é importante considerar que serviços de streaming são fornecidos por grandes empresas e, apesar de permitir o maior acesso a filmes, séries, músicas e livros, também detém interesses conexos aos de grandes corporações, que muitas vezes são donas de tais serviços de streaming. Assim, o debate se torna ainda mais complexo, pois é necessário harmonizar o direito de acesso à cultura, os direitos autorais e entender os interesses econômicos por trás de grandes empresas, a fim de proteger os usuários finais, além dos autores.

Considerações finais

Os direitos autorais, com isso, visam a proteção do autor e de suas obras, permitindo a conexão subjetiva entre ele e suas obras, mantendo a finalidade originária do autor, além

do proveito econômico com sua criação e sua respectiva remuneração. Tal questão acaba por permitir a limitação de sua divulgação e utilização, restringindo a ampla utilização das obras e, conseqüentemente, a liberdade de expressão e o acesso à informação, além da produção cultural e científica.

A partir de tal perspectiva, mostra-se necessária a ponderação entre todos esses direitos, sob a perspectiva da função social da propriedade intelectual e dos direitos autorais, em que o interesse público se sobrepõe ao privado, e da necessidade da utilização de obras para o avanço da produção intelectual e artística, em que o avanço tecnológico e científico depende da consideração de produções já existentes. Assim, é possível a harmonização entre os direitos fundamentais de acesso à cultura e os direitos autorais.

É necessário também levar em consideração a pessoa que está utilizando e compartilhando as informações e se existe proveito e interesse econômico a partir disso. Por exemplo, o usuário final ou um intelectual possui interesses diferentes em relação a grandes empresas, como a Disney, com seu serviço de streaming “Disney+”. Com isso, é necessária a análise dos diferentes interesses e sujeitos na relação de utilização e compartilhamento de obras.

Portanto, mostra-se imprescindível a atualização da legislação sobre direitos autorais no Brasil, em que seja explorada as relações das obras com a internet e o aumento da possibilidade de utilização e compartilhamento, sempre sob a perspectiva do acesso à informação. Contudo, mostra-se necessária a criação de mecanismos para a remuneração dos autores, não esquecendo a proteção dos direitos autorais, com a utilização de suas obras. Assim, seria possível a compatibilização entre os direitos culturais e autorais. Para isso, mais estudos referentes à temática são necessários.

Referências

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/91/61>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/6869e8bd-4fed-49a2-bc63-660255140a20/content>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República [2016]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. *Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. *Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF [2014]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.559.264/RJ*. Recorrente: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD). Recorrido: OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302654647&dt_publicacao=15/02/2017. Acesso em: 20 out. 2024.

CAVALCANTE, José Estênio Raulino. Direitos Culturais e Direitos Humanos: uma leitura à luz dos tratados internacionais e da Constituição Federal. *THEMIS: Revista da EMESC*. Fortaleza, vol. 12, 2016. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/40/39>. Acesso em: 23 set. 2024.

FAJARDO, Eduardo Miceli Fanti. *Relações entre serviços de streaming e direitos autorais*. Orientador: Pedro Marcos Nunes Barbosa. 2016. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso), Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/60759/60759.PDF>. Acesso em: 20 out. 2024.

GUIMARÃES, Thainá de Oliveira. *A legislação autoral brasileira na era digital: o papel do YouTube nas discussões sobre direitos autorais e dispositivos constitucionais*. Orientador: Dr. Daniel Damásio Borges. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso, Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2022. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/5ea946c5-3160-4887-9299-57b8966ea03c/content>. Acesso em: 21 out. 2024.

LOT JÚNIOR, Rafael Angelo. *Função social da propriedade intelectual: O patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura*. Orientador: Dr. Francisco Humberto Cunha Filho. 2009. Dissertação, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, agosto – 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111194.pdf>. Acesso em: 21 out. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACEDO, Caio Sperandeo de. O direito na sociedade da informação: a proteção aos direitos autorais e direitos conexos frente às novas tecnologias. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 127-137, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4230>. Acesso em: 20 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 set. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e acesso à cultura. *Liinc em Revista*. Rio de Janeiro, v.7, n.2, setembro, 2011, p. 416- 436. Disponível em: <http://www.ibict.br/liinc>. Acesso em: 23 set. 2024.

WACHOWICZ, Marcos; VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. A gestão coletiva dos direitos autorais e o streaming. *P2P & INOVAÇÃO*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 4-17, set./fev. 2018. Disponível em: [Vista do A GESTÃO COLETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS E O STREAMING](#). Acesso em: 20 out. 2024.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 29/10/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 28/12/2024

Publicado em 29/12/2024



As minorias linguísticas no Brasil: um estudo à luz dos direitos humanos

Linguistic minorities in Brazil: a human rights perspective

Tadeu Luciano Siqueira Andrade¹²²

<https://orcid.org/0000-0001-6384-564X>

tadeu.luciano@bol.com.br

Resumo

A história do português no Brasil está associada a um período que retrata diversas atrocidades que marcaram um processo de dominação linguística. A língua do colonizador se sobrepôs à do colonizado. O extermínio dos indígenas ocorreu a partir da linguagem, quando foram obrigados a falar uma língua estranha à sua realidade cultural. Os negros e os imigrantes também passaram pelo processo de explicação linguística, foram forçados a abandonar suas próprias línguas e culturas. A língua portuguesa no Brasil não foi implantada. Ao contrário, ela foi imposta em um processo de ditadura linguística. Diante desse contexto de violação aos direitos humanos e linguísticos, este artigo se propõe a descrever a implantação do português no Brasil e suas implicações sociais, políticas e culturais.

Palavras-chave: ditadura; diversidade; história; interação; língua.

Abstract

The history of Portuguese in Brazil is associated with a period that portrays several atrocities that marked a process of linguistic domination. The language of the colonizer overlapped with that of the colonized. The extermination of indigenous people occurred through language, when they were forced to speak a language foreign to their cultural reality. Black people and immigrants also went through the process of linguistic explanation, they were forced to abandon their own languages and cultures. The Portuguese language in Brazil was not implemented. On the contrary, it was imposed in a process of linguistic dictatorship. Given this context of violation of human and linguistic rights, this article aims to describe the implementation of Portuguese in Brazil and its social, political and cultural implications.

Keywords: dictatorship; diversity; history; interaction; language.

1 Considerações preliminares

¹²² Advogado e professor da Universidade do Estado da Bahia, curso de direito. Pós-doutor em Linguística, pela Universidade de Brasília.

A língua portuguesa no Brasil para ser reconhecida como língua oficial apresenta pontos controvertidos que necessitam ser vistos numa perspectiva crítico-reflexiva, possibilitando a desmitificação de uma política voltada para uma democracia linguística. Considerando a história do português no Brasil desde a implantação, emerge uma pergunta norteadora desta comunicação: *Vivemos uma ditadura ou democracia linguística?*

Tal pergunta será respondida conforme a abordagem teórico-metodológica adotada e os objetivos delineados pelo pesquisador, tendo em vista o papel da escola no que se refere ao ensino da língua portuguesa e os Direitos Linguísticos. Este artigo, dialogando com essas duas áreas, tem como objetivo geral analisar a linguagem em um processo de ação e interação, considerando falantes, espaço e língua. Os objetivos mais específicos ajudarão na consecução do geral: a) aplicar os pressupostos dos direitos humanos à língua; b). Delimitar o campo teórico-metodológico da linguística a partir da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos; d). Inserir os direitos linguísticos no rol dos direitos fundamentais.

Existem no contexto internacional diversos Estados que consideram uma única língua ou restringe a sua própria modalidade linguística à interação social dos sujeitos que habitam esse Estado. Nos Estados que possuem apenas uma língua como oficial, a modalidade linguística que não se ajusta aos padrões da língua estatal é excluída, constituindo-se em uma minoria linguística, estigmatizada da sociedade. Há no mundo, sobretudo, no Brasil, um grande número de línguas em processo de extinção faladas pela minoria da população brasileira. O silenciamento às línguas das minorias, apesar de aspecto negativo, marca a história linguística do Brasil conforme será apresentado em três seções: na primeira seção, apresentaremos uma sinopse da história da língua portuguesa no Brasil, partindo do silenciamento à Declaração Universal dos Direitos Linguísticos; na segunda, contextualizaremos os Direitos linguísticos. Na terceira, descreveremos a língua no aspecto jurídico.

2 As línguas indígenas e africanas no Brasil: contexto histórico e o mito de uma unidade linguística

No Brasil, a implantação do português está associada ao extermínio dos índios, devido a esse genocídio, desapareceram centenas de línguas. Antes de os portugueses chegarem à costa brasileira, existiam cerca 1.200 povos indígenas, falantes de aproximadamente mil línguas. Com a chegada dos africanos de diversas culturas para o

trabalho escravo, a diversidade étnico-linguística brasileira tomou uma dimensão maior, resultando em uma pluralidade linguístico-cultural. Considerando os interesses políticos e comerciais de Portugal, algumas medidas foram tomadas a fim de exterminar as línguas indígenas e africanas faladas no território brasileiro. Entre essas medidas, destacamos a proibição do uso da língua *geral* e a imposição do português como língua oficial. A língua geral constituía as línguas faladas no Brasil colonial como a língua de contato entre índios e colonizadores. Navarro (2013) define *língua geral* como a língua falada no *Brasil* entre o fim do *século XVII* e o início do *século XX*, resultado da *evolução histórica* do *tupi antigo*. Essa língua, segundo, Navarro, dividia-se em *língua geral setentrional* ou língua geral amazônica e a *língua geral meridional* ou língua geral paulista. A língua geral setentrional deu origem no *século XIX* ao nheengatu, ainda falado no alto *Rio Negro*. Hoje a língua geral é considerada *extinta*. Tratando-se das línguas africanas no Brasil, desde a saída de seus falantes na África já existia a segregação linguística. Os escravos falantes de uma mesma língua eram separados.

No Brasil, eram obrigados a aprender o português para comunicar entre eles e os brancos. Cerca de 600 mil nativos falavam línguas do tronco tupi-guarani e viviam em aldeias e povoaram o litoral brasileiro. Essas comunidades aldeãs inseriram-se em grupos culturais e linguísticos mais amplos. Esses dados, segundo Carboni e Maestri (2006, p. 18), confirmam que, antes da chegada dos europeus, já existia uma diversidade linguística no Brasil, e os contatos linguísticos ampliaram-se, sobretudo forçados entre os indígenas, surgindo, possivelmente, novas *coínés* tupis guaranis regionais. (Carboni e Maestri, 2006, p. 19). A gramaticização da língua tupi no Brasil representa o início da submissão dos índios ao domínio dos colonizadores. Destacamos: a) A gramática de José de Anchieta – 1595 *Arte da Gramatica da Língua mais usada na Costa do Brasil*, em 1560, torna-se obrigatório o uso dessa gramática nos colégios dos jesuítas (Borges & Horta Nunes, 1998, p. 52); b). O jesuíta Luís Figueira escreveu outra gramática do tupi, *Arte da língua brasílica* publicada em 1621 (?); 1699, Luís Mamiami publicou *A Arte de Gramatica da Nação Kiriri* (Elia, 1979, p. 180); c). Em 1695, após a chegada dos escravos africanos na Bahia, Pedro Dias escreveu uma gramática quimbundo *Arte da Língua de Angola, oferecida à Virgem Senhora Nossa do Rosário Mãe e Senhora dos mesmos pretos*. A sistematização gramatical, apesar de ter em vista uma homogeneização da língua no Brasil, mostrava a diversidade de línguas nativas e, ao mesmo tempo, visava a facilitar o contato com os índios e africanos a fim de

submetê-lo ao catolicismo e a domínio português. Embora os colonizadores falassem o português, a língua difundida era a língua geral.

3 Retrocesso da Língua geral

Em algumas regiões do Brasil, a língua geral passou por um declínio. Carboni e Maestri (2006) apresentam as causas desse declínio: a). Após o descobrimento das minas de outros, há o fluxo de portugueses; b). Processo de urbanização advindo da mineração; c). Transferência da Família real para o Rio de Janeiro em 1808; d). Difusão da imprensa: livros, jornais, teatros.

As medidas político-administrativas também propiciaram o declínio da língua geral. Na metade do século XVIII, a língua geral se encontrava em regressão, mas ainda era falada no Amazonas e no Pará (Elia, 1979, p. 193). Com as reformas político-administrativas realizadas pelo Marquês de Pombal, houve a imposição do português, sobretudo, para a erradicação das línguas indígenas, pois, no Amazonas, estavam em processo de expansão. A partir de 1560, o tráfico de escravos africanos é intensificado no Brasil, e cerca de 300 línguas africanas juntam-se ao português do colonizador e às línguas indígenas.

4 Uma Ditadura linguística

Segundo Nina Rodrigues (1977, p. 123), graças ao número de falantes africanos no Brasil, os negros recém-chegados da África eram obrigados a aprender duas línguas: o português para a comunicação entre os brancos e os negros nascidos no Brasil e a língua africana para a interação com os demais escravos. Na vinda para o Brasil, os negros eram separados, considerando a língua por eles falada e o vínculo familiar, eram misturados com outros negros de línguas e famílias diferentes para dificultar a comunicação entre eles e evitar rebeliões e ainda eram rebatizados, ou seja, perdiam seus nomes de origem, eram lhes impostos prenomes lusitanos (Carboni e Maestri, 2006, p. 28). Por isso, Nina Rodrigues considera que houve um processo representado pelo binômio perda/aquisição, pois “perdiam” suas línguas de origem e adquiriam outras. Analisando a história do Brasil no que se refere ao padrão linguístico, percebemos que ocorreu uma ditadura linguística, que consistiu mais em uma exclusão do que uma unificação linguística.

Décio Freitas, em *Palmares: a Guerra dos Escravos*, retrata um sincretismo linguístico, os africanos incorporavam itens lexicais do português ou do tupi aos dialetos africanos, pois não podiam adotar em terras brasileiras uma das línguas nativas africanas. *Falam uma língua toda sua, às vezes parecendo da Guiné ou de Angola, outras parecendo português e tupi, mas não é nenhuma dessas, e sim outra nova.* (Freitas, 1984, p. 41).

Apesar de os índios e escravos terem sua própria língua, era necessário intérprete quando entravam em contato com as autoridades. Para que os portugueses dominassem o Brasil, reconheceu-se a língua portuguesa como língua oficial e oprimiram-se os falares não europeus. Silenciar as falas oprimidas era *conditio sine qua non* para os opressores se manterem na hegemonia (Carboni e Maestri, 2006, p. 12).

Essa hegemonia é marcada pelos intérpretes determinados pelas autoridades político-administrativas. Serafim da Silva Neto (1951, p. 61) enfatiza dois fatos importantes: i) a discriminação e a subalternidade linguísticas na colônia, por exemplo, as missas eram celebradas em português, embora os cristãos não conhecessem tal língua; ii) O governador do Maranhão em 1720 determinou aos jesuítas que “dessem palmatoadas” aos nativos que falasse o tupi. Em 1757, Marquês de Pombal expulsa os jesuítas e determina o uso obrigatório do português no Brasil (Elia, 1979). Mais tarde, o Senado do Espírito Santo determinou que apenas a língua portuguesa fosse falada sob pena de prisão, porém, não se sabe se a proibição se referia apenas ao senado ou à província (Neto, 1951, p. 68). Gilberto Freyre, em *Sobrados e Mucambos* (1936), mostra a preocupação com o conflito linguístico dos filhos dos senhores de engenho, para que a língua não se transformasse devido ao contato com mucamas. Nos colégios dos jesuítas, era flagrante tal preocupação com os fenômenos linguísticos, por exemplo, rotacismo (troca de fonemas: *pratoplato*), metástese (troca de posição dos fonemas: *estrelaestelar*) iotização (redução da palatal: mulher *muler*), apagamento do /r/ final (*mulhe mulhé*) e outros. Freyre (1996, p. 78) fala de um “policiamento linguístico”.

Apesar do domínio lusitano e da censura linguística não devemos esquecer que os índios e os africanos influenciaram na formação linguística brasileira, destacamos no léxico, na sintaxe, morfologia, fonologia.

Durante o período de imposição do português no Brasil não foram poucas as reações daqueles que tiveram seu patrimônio linguístico-cultural espoliado. Nesse sentido, destaca José Honório Rodrigues (1995, p. 42):



Numa sociedade dividida em castas, em raças, classes, mesmo quando é evidente o processo de unificação da língua, especialmente num continente como o Brasil, onde durante três séculos combateram várias línguas indígenas e negras contra uma branca, não havia nem paz cultural, nem paz lingüística. Havia, sim, um permanente estado de guerra. [...] O processo cultural que impôs uma língua vitoriosa sobre as outras não foi assim tão pacífico, nem tão fácil. Custou esforços inauditos, custou sangue de rebelados, custou suicídios, custou vidas (Rodrigues, 1985, p. 42).

Nesse sentido, a linguagem bloqueia o acesso do cidadão aos seus direitos e à defesa deles. Não havendo interação, não haverá comunicação, e a linguagem passa a ser uma forma de opressão ou sujeição, é o arame farpado mais poderoso para se garantir o poder. (cf. Gnerre, 1998: 45).

5 Brasil independente e a questão linguística

No período pós independência, houve a preocupação de unificar a língua, inspirada na ideia da identidade nacional. O padrão linguístico era a língua do Sudeste. No império, fora desenvolvida uma política linguística despreocupada com os fenômenos linguísticos advindos do fluxo dos imigrantes não portugueses, ou seja, alemães, italianos, poloneses que se instalaram no Sul e no Sudeste. A preocupação era a unidade, não a diversidade. Percebemos que o mito da unidade perdurou por muito tempo. De um lado, havia os que defendiam uma língua brasileira, emancipando-se da língua falada na metrópole, adotaram várias denominações, *língua nacional*, *língua pátria*, *língua vernácula*, *idioma nacional* e ainda a proposta de nomear a língua portuguesa falada no Brasil como *língua brasileira*, *brasilina* ou *brasiliana*. (Pinto, 1981). O ano de 1935 foi marcado por movimentos nacionalistas autoritários que repercutiam pelo mundo.

Foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto nº 135, cuja proposta era definir legalmente o português falado no Brasil como língua brasileira. Essa definição se referia à língua culta (Carboni e Maestri, 2006, p. 35). Houve uma visão oposta a esse projeto, quando um deputado argumentara que a língua brasileira não era a língua falada pelos “homens educados” do país no passado e no presente. (Carboni e Maestri, 2006). Partindo dessa afirmação, questionamos: Quem são esses homens educados? Estão flagrantes o preconceito e a exclusão linguística oficializados. “Homens educados” seriam aqueles escolarizados e detentores do poder político-econômico. A língua à qual o deputado se referiu era o falar descrito por Amadeu Amaral em *O Dialeto Caipira*.

Em 1946, uma Emenda Constitucional determinou que a nação incentivaria, mediante todos os meios, a universalização da língua portuguesa com o objetivo de assegurar a unidade linguística, sintática e ortográfica. Foi composta uma comissão integrada por professores e jornalistas para definir que a língua portuguesa fosse o idioma nacional do Brasil. Para Guimarães e Orlandi (1996, p. 131), a expressão língua portuguesa sintetiza a nossa origem e a base de *nossa formação de povo civilizado*. (Destaque dos autores).

A língua é uma atividade social, resultante de variações socioculturais e econômicas, deve, portanto, adaptar-se às necessidades comunicativas de seus falantes, e não aos anseios políticos dos governantes. Como dizia Serafim da Silva Neto, a língua é uma diversidade dentro de uma unidade. Portanto, não podemos definir uma modalidade linguística como universal. Isso ocorreria, se os excluídos do processo social fossem incluídos à cidadania e nacionalidade.

6 As línguas alóctones e a formação linguística brasileira

As línguas alóctones são os idiomas externos introduzidos em uma região, também chamadas de línguas de imigração. Não apenas os índios foram vítimas da repressão linguística. Os imigrantes e seus descendentes enfrentaram uma violenta repressão linguístico-cultural, durante o Estado Novo (1937-1945). Esse período marca o apogeu da repressão às línguas alóctones, com processo denominado de “nacionalização do ensino” que pretendeu selar o destino das línguas de imigração no Brasil (Oliveira, 2008). Destacamos o alemão e o italiano na região colonial dos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Algumas regiões desses estados apresentavam estrutura minifundiária e a colonização homogênea que propiciaram condições adequadas para a reprodução do alemão e do italiano, essa reprodução foi considerada juridicamente um “crime idiomático”, definido pelo Estado Novo. Nesse período, o governo ocupou e desapropriou as escolas comunitárias, fechou gráficas de jornais que editassem matérias em alemão e italiano, perseguiu, prendeu e torturou pessoas que falassem suas línguas maternas em público ou em suas casas. (Oliveira, 2008).

Essas línguas passaram por um processo de regressão na escrita e nos usos nas áreas urbanas, cujos falantes usaram-nas oralmente e na zona rural, em contextos interativos restritos. Em Santa Catarina, no mandato do governador Nereu Ramos, foram montados

campos de concentração, chamados de “áreas de confinamento”, para descendentes de alemães que insistissem em falar sua língua, entre outras razões (Dall’alba, 1986).

Oliveira (2008) apresenta os dados que confirmam uma verdadeira ditadura e repressão linguística corroborando o que defendeu José Honório (1995):

a). Aumento das prisões, a partir do recrudescimento do processo, em 1942, por exemplo o município de Blumenau, onde de 282 prisões em 1941, em sua maioria por ocorrências comuns (como embriaguez ou briga em bailes) passaram para 861 em 1943. Dessas prisões, 271, 31,5%, fundamentavam-se no uso de uma “língua estrangeira”; b). A atuação do Exército Brasileiro composto principalmente por soldados transferidos do Nordeste, deslocados para Blumenau para “ensinar aos catarinenses a serem brasileiros”; c). Carimbo em todas as correspondências para o Vale do Itajaí da frase do ex-governador e ex-ministro das relações exteriores, Lauro Müller: “Quem nasce no Brasil ou é brasileiro ou é traidor” (Nogueira, 1947, p. 13); d). Rígida censura à imprensa, determinando imediatamente a prisão do responsável pelo jornal que se opusesse à campanha de nacionalização; e). Atuação dos militares comandando os municípios das zonas coloniais e empossando novas diretorias nas escolas e nas sociedades recreativas; f). Alteração da denominação de conhecidos centros culturais para nomes brasileiros, por exemplo, a sociedade Músico Teatral Frohsinn, em Blumenau, passou a ser denominada de Teatro Carlos Gomes; g). A proibição de usar nomes em línguas estrangeiras nos lápides e mausoléus, exemplo do município de Jaraguá do Sul, depois a medida se estendeu a todo o estado; h). Publicação de um edital abolindo *o uso de qualquer língua estrangeira em atos públicos* (*A Gazeta*, 24 e 25 de maio de 1939); i). Atuação da Polícia Militar, em Santa Catarina e em outros estados, prendendo, torturando e obrigando as pessoas a deixar suas casas em determinadas “zonas de segurança nacional”; j). Estímulo das escolas às crianças a denunciar os pais que falassem alemão ou italiano em casa e outros.

7 O Português Brasileiro na Constituição de 1988

Adotamos a expressão português brasileiro ou português do Brasil com referência à variedade da língua portuguesa falada pelos brasileiros no Brasil ou no exterior, apesar de o texto constitucional (art. 13) adotar a expressão língua portuguesa. Considerando a relação língua e cidadania, inferimos que são cidadãos brasileiros apenas os falantes de língua

portuguesa e questionamos: Como ficam, do ponto de vista linguístico-cidadão, os índios, os descendentes de escravos e os imigrantes que nas suas interações falam as suas línguas?

Referindo-se aos índios, a Constituição assegura-lhes o direito às suas línguas:
Artigo 210 – § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades *indígenas* também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Artigo 231– São reconhecidos aos *índios* sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Destaques nossos).

Esses direitos foram recepcionados pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, nos artigos transcritos a seguir:

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I. Proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II. Garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas;

§ 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:

I. Fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena;

II. Manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;

III. Desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

IV. Elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.

Analisando esses dispositivos legais nos planos constitucional e infraconstitucional, concluímos que os direitos não efetivados, pois o Estado não adota políticas públicas em defesa das minorias linguísticas. Se, por um lado, o Estado reconhece direitos, por outro, silencia-se no que alude à efetivação desses direitos. É pertinente o argumento de Gilvan Müller de Oliveira (2008, p. 9:) *Esse é um fato muito novo na história das legislações brasileiras, tão ciosas em 'integrar o índio', isto é, fazer com que ele deixasse de ser o que era, para se transformar em outra coisa: mão-de-obra nas grandes propriedades ou nas periferias das grandes cidades.*

É importante ressaltar que a positivação desses direitos no sistema jurídico brasileiro é fruto da efetiva e ativa participação do movimento indígena no processo da constituinte de

1988. Tratando-se dos falantes de língua de imigração e considerando a legislação vigente, percebemos que o tratamento jurídico dado aos índios não fora o mesmo concedido aos descendentes de imigrantes. O Estado brasileiro não lhes concedeu direitos linguístico-culturais. As línguas de imigração são ensinadas no Brasil como línguas estrangeiras e não como línguas de interação ou materna, apesar de os falantes dessas línguas lutarem para manter suas tradições linguístico-culturais, por exemplo a Lei Complementar nº 487/2004 do município de Blumenau – Santa Catarina, que determina a criação de um Conselho Municipal de Ensino de Língua Alemã, visando à discussão acerca do ensino bilíngue naquele município que apresenta uma forte imigração alemã.

8 Os Direitos Linguísticos e a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos

A Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (DUDL), denominada também de Declaração de Barcelona, é um documento assinado pela UNESCO, o PEN (clube), e várias organizações não-governamentais em 1996 para garantir os direitos linguísticos, sobretudo os das línguas em extinção. A DUDL foi aprovada na conclusão da Conferência Mundial sobre Direitos Linguísticos (1996), em Barcelona, Espanha e elaborada em sintonia ao que foi recomendado na *Declaração do Recife* (1987) durante um congresso realizado na Faculdade de Direito do Recife, da UFPE.

A língua é um bem jurídico que deve ser preservado, resguardando-se os direitos linguísticos de seus falantes. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), no Artigo 2º, alínea “a”, prevê que a língua é integrante do patrimônio cultural imaterial. O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (DUDL) diz:

A situação de cada língua, tendo em conta as considerações prévias, é o resultado da confluência e da interação de uma multiplicidade de fatores: político-jurídicos; ideológicos e históricos; demográficos e territoriais; econômicos e sociais; culturais; linguísticos e sociolinguísticos; interlinguísticos; e, finalmente, subjetivos.

A Resolução 47/135, de 18/12/1992, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, adota a Declaração acerca dos direitos das pessoas integrantes das minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas. Em 1996, a DUDL reconhece o direito isonômico a todas as comunidades linguísticas e condena qualquer ato discriminatório:

Artigo 10.º 1. Todas as comunidades linguísticas são iguais em direito. 2. Esta Declaração considera inadmissíveis as discriminações contra as comunidades linguísticas baseadas em critérios como o seu grau de soberania política, a sua

situação social, econômica ou qualquer outra, ou o nível de codificação, atualização ou modernização alcançado pelas suas línguas.

Não falamos do aspecto jurídico da diversidade da língua apenas no ordenamento pátrio. No âmbito internacional, há dispositivos que enfatizam a diversidade linguística, por exemplo, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, na 33ª reunião, celebrada em Paris em 2005, aprovou a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, inserindo no plano cultural, o reconhecimento legal dos diferentes povos e comunidades. A Constituição Federal de 1988 no art. 215, expressa claramente que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais.

Nesses direitos culturais, destacamos a língua como a expressão viva de um povo, sendo, portanto, um traço distintivo do falante, seja no aspecto cultural, temporal e social. Essa convenção explicitou dois objetivos e inseriu a diversidade linguística no rol de manifestação cultural. Transcrevemos *in verbis* os itens 5 e 6 da Convenção:

5. Salvaguardar o patrimônio linguístico da humanidade e apoiar a expressão, a criação e a difusão no maior número possível de línguas.

6. Fomentar a diversidade linguística – respeitando a língua materna – em todos os níveis da educação, onde quer que seja possível, e estimular a aprendizagem do plurilinguismo desde a mais jovem idade.

É imprescindível analisar dois dispositivos da DUDH:

Artigo 1º 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.

Artigo 2º I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

A análise dos direitos linguísticos parte da igualdade e diferença expressas na DUDH: como “todos têm direito à diferença” (*vide* art. 2º DUDH), essa diferença se dá de uma pessoa para outra, de um contexto para outro, pois as palavras não significam por si mesmas, e sim pelo sentido que lhes são atribuídos no contexto dos falantes que a usam. A DUDL dispõe:

Artigo 7º – Todas as línguas são a expressão de uma identidade coletiva e de uma maneira distinta de apreender e descrever a realidade, pelo que devem poder beneficiar-se das condições necessárias ao seu desenvolvimento em todas as funções.

Fundamentando-nos na DUDL, consideramos inseparáveis e interdependentes os direitos linguísticos tanto na dimensão coletiva quanto individual, haja vista a língua ser uma

atividade social e constituída na interação social da comunidade. Por essa razão, os direitos linguísticos só serão efetivados e respeitados se no plano coletivo também existir tal respeito. Em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o primeiro documento normativo da Organização das Nações Unidas que trata especificamente dos direitos das minorias no que se refere à proteção da etnia, língua e cultura e religião.

Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Devemos defender o direito à soberania linguística e o respeito à identidade linguística das comunidades de fala. Os direitos linguísticos são tanto individuais quanto coletivos, como postula Hamel (2003: 51):

Os direitos lingüísticos fazem parte dos direitos humanos fundamentais, tanto individuais como coletivos, e se sustentam nos princípios universais da dignidade dos humanos e da igualdade formal de todas as línguas. [...]. No âmbito individual eles significam o direito de cada pessoa a “identificar-se de maneira positiva com sua língua materna, e que esta identificação seja respeitada pelos demais” (Phillipson, Skutnabb-Kangas e Rannut 1994, p. 2.). No âmbito das comunidades lingüísticas, os direitos lingüísticos compreendem o direito coletivo de manter sua identidade e alteridade etnolingüísticas [...].

8.1 A violação aos direitos linguísticos na atualidade

Apesar de existirem diversos instrumentos jurídicos que tratam do respeito à dignidade da pessoa humana tanto no âmbito internacional quanto nacional, ainda assistimos a situações de repercussão geral que violam os direitos linguísticos, por exemplo, a proibição ao direito de o indivíduo se expressar na sua própria língua. A título de ilustração, trataremos de dois casos de violação a esses direitos. Um no plano internacional, outro no nacional.

Caso 1

Alfredo López Álvarez, membro de uma comunidade garífuna hondurenha, foi privado de sua liberdade pessoal a partir de 27 de abril de 1997, data de sua prisão por posse e tráfico ilícito de entorpecentes, permaneceu detido até 26 de agosto de 2003. Na prisão, o acusado foi proibido de se expressar na sua língua materna, espanhol.

Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDHU) reconheceu que a igualdade perante a lei e de não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens*

(normas imperativas que impõem aos Estados obrigações objetivas que prevalecem sobre quaisquer normas), devido ao Estado espanhol ter proibido um preso de usar a sua língua materna durante a prisão, constituindo uma medida discriminatória e uma violação aos direitos humanos, sobretudo à DUDH.

Transcrevemos alguns fragmentos da sentença prolatada pela Corte IDHU:

Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)

No ano de 2001, uma equipe técnica do CODEH visitou o presídio de Tela para realizar uma oficina sobre os direitos humanos de prisioneiros. Naquela reunião conseguiu a organização dos indivíduos privados de liberdade e o senhor López Álvarez foi nomeado membro diretivo da organização. Por sua participação nesta organização, o senhor López Álvarez foi objeto de assédio e acoso, a ponto de ser proibido de se comunicar em sua própria língua. A testemunha afirmou que a língua que se costuma utilizar nas denúncias é o espanhol; os operadores de justiça não falam as línguas das comunidades indígenas. O senhor Sánchez Chandias afirmou também que nas penitenciárias e nos centros de detenção pública *batem nos indígenas e negros quando falam sua própria língua, porque se presume que tramam algo; recomenda-se falar em espanhol.* (Destacamos).

Nos autos do processo, evidenciamos as relações de poder instituídas pela linguagem. No processo judicial em análise, a língua usada pela corte é a estatal (espanhol). Assim, os não falantes de espanhol não defenderiam seus direitos e não teriam conhecimento do devido processo legal.

Caso 2

Trata-se da decisão judicial nos autos da Ação Penal n. 2003.60.02.000374-2, tramitada na 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais – Justiça Federal – São Paulo, referente ao assassinato do cacique Marcos Verón. Houve o indeferimento ao pedido do Ministério Público, requerendo que os depoimentos de vítimas e testemunhas indígenas fossem colhidos no idioma tupi-guarani, *kaiowá*, com assistência do intérprete.

A magistrada, fundamentada na legislação processual penal vigente, indeferiu o pedido do *parquet*, tendo em vista os depoentes serem obrigados a se expressar na língua oficial do Estado brasileiro. (Souza, s/d). O direito de o índio se expressar na sua própria língua, respalda-se nos seguintes documentos jurídicos: Artigos 231 e 210 da CF/1988; Artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; Artigo 13 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Artigo 12 da Convenção 169 da OIT; Artigos II e XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Artigo 13, n. 1 do Pacto de São José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Linguísticos. Durante a sessão, o representante do Ministério Público Federal invocou os seguintes dispositivos:

Artigo 13, n. 1 e 2, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2003:

1. Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, *idiomas*, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los;
2. *Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse* direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados. (Destaques nossos).

A língua se instaura na interação e faz parte da vida dos falantes em todos os aspectos. Como diz Scherre (2013), “falar faz parte do nosso cotidiano, de nossa vida”. Graças à língua, o ser humano se diferencia de todos os outros animais. Considerando a língua como um processo de interação e constituição do sujeito, não possibilitar o falante expressar-se na sua própria língua, oriunda de seu contexto sócio-político e cultural, é reduzi-lo a uma condição subumana. Analisando os dois casos, inferimos que não existiu apenas o preconceito linguístico, mas também uma tortura linguística, um tratamento desumano ou degradante. Depreciar a língua é depreciar o indivíduo, sua história, sua identidade, sobretudo sua forma de ver o mundo. (Scherer, 2013). A interação se dá mediante o uso da própria língua, que individualiza o falante, constituindo-o como cidadão e sujeito de direito

Considerações finais

As minorias linguísticas constituem grupos que usam uma língua, em qualquer contexto, seja na interação na sociedade em que fazem parte, seja nos espaços públicos. São esses usos que diferenciam os grupos sociais e as diversas formas de falar de uma comunidade e ainda da língua estatal. A língua não apenas o sistema, mas também interação. Mas o fato de haver diferenças entre a língua falada pelas classes sociais menos favorecidas e a língua das classes mais favorecidas não justifica nenhum tipo de exclusão ou preconceito, conforme ocorreu ao longo da história da língua portuguesa no Brasil. Da implantação do português no Brasil aos dias atuais, assistimos a um verdadeiro *glotocídio* que resultou em violação aos direitos humanos, ou até mesmo em crimes linguísticos, usando as palavras de Scherre. Na verdade, o que faltou/falta, foram/são políticas linguísticas e a efetivação das normas constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos e dos demais instrumentos normativos que tratam das minorias linguísticas.

No Brasil, falta a efetivação do princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição Federal. As atrocidades linguísticas por que passaram e ainda passam índios, negros e imigrantes no Brasil respondem à pergunta inicial: Vivemos uma ditadura linguística. A língua constrói fronteiras, define espaços sócio-políticos e geográficos, constitui identidade cultural. Todas as línguas e suas modalidades têm o direito de ser respeitadas para que possa contribuir com a diversidade cultural, e todos os falantes possam interagir sem preconceito.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. A construção dessa sociedade inicia-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir, expressando o seu pensamento de acordo com a seu patrimônio linguístico-cultural. Apesar de a Carta Magna de 1988 prevê que a Língua oficial da República é a portuguesa, não apenas essa deva prevalecer em todos os contextos, pois há outras línguas faladas no território nacional. Esperamos que este artigo propicie outros olhares acerca das minorias linguísticas brasileiras, que, a cada dia, são marginalizadas em um país multilíngue e multicultural.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARBONI, Florence & MAESTRI, Mário. *A linguagem escravizada*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso López Álvarez. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

DALL? ALBA, João Leonir. *Colonos e mineiros na grande Orleans*. Orleans, edição do autor e do Instituto São José, 1986.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_universal_direitos_linguisticos.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 20 jul. 2024.

ELIA, Silvo, *A Unidade Linguística do Brasil – Condicionamentos Geoeconômicos*. Rio de Janeiro, Padrão, 1979.

- FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1996.
- GUIMARÃES, Eduardo, e ORLANDI Eni Pulcinelli (orgs). *Língua e cidadania: o português no Brasil*. Campinas: Pontes, 1996.
- FREITAS, Décio. *Palmares: a Guerra dos Escravos*, Rio de Janeiro: Graal, 1984; GNERRE, Maurizio. *Linguagem, Escrita e Poder*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GUIMARAES, Eduardo. Língua Nacional, sujeito e enunciação: O cidadão e as Línguas do Brasil. In INDURSKY, Freda e CAMPOS, Maria do Carmo (org.). *Discurso, Memória e Identidade*. Porto Alegre: Sagra LUZZATO, 2000.
- HAMEL, Rainer Enrique. Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas. In: OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.
- NAVARRO, E. A. *Dicionário de tupi antigo: a língua indígena clássica do Brasil*. São Paulo. Global. 2013. p. 537.
- NETO, Serafim da Silva. *Introdução ao Estudo da Língua Portuguesa no Brasil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1951.
- Nogueira, Ruy Alencar. *Nacionalização do Vale do Itajaí*. Rio de Janeiro. Ministério do Exército, 1947, p. 13.
- OLIVEIRA, Gilvan Müller de. Brasileiro fala português: monolinguismo e preconceito lingüístico. In: *Revista Linguasagem*. Universidade Federal de São Carlos. 11. ed. Novembro e dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.lettras.ufscar.br/linguasagem>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- OLIVEIRA, Gilvan M. (Org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos: novas perspectivas em Política Lingüística*. São Paulo: IPOL/ABL/Mercado de Letras (2008).
- OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.
- PINTO, Edith Pimentel. *O português do Brasil: textos críticos e teóricos – 1820-1920 fontes para a teoria e a história*. São Paulo/Rio de Janeiro: Edusp/Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil: introdução metodológica*. São Paulo: CXEN – INL, Brasília, 1995.
- RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. 5. ed. São Paulo: CEN, 1977.
- SCHERRE, Marta. O preconceito lingüístico deveria ser crime. *Galileu (online)*. ed. maio. São Paulo: Revista Globo, 2013. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,EM1110515-17774,00>. Acesso em 27 jul. 2024.
- SOUZA, Mércia Cardoso de. O Direito Fundamental de se expressar na própria língua: Realidade ou Utopia? Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em: 19 set. 2018

UNESCO, Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Paris, 17 October 2003. Ministério das Relações Exteriores (tradução), Brasília, 2006.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 05/08/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 12/12/2024

Publicado em 29/12/2024