

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Editora chefe

Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes editoriais

Natalia Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena
Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof^a Dr^a Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof^a Dr^a Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Prof^a Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof^a Dr^a Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof^a Dr^a Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágnere Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Prof^a Dr^a Gílrene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof^a Dr^a Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Prof^a Dr^a Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof^a Dr^a Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Prof^a Dr^a Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof^a Dr^a Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí
Prof^a Dr^a Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof^a Dr^a Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina
Prof^a Dr^a Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Prof^a Dr^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof^a Dr^a Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra
Prof^a Dr^a Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Prof^a Dr^a Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Prof^a Dr^a Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Prof^a Dr^a Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Prof^a Dr^a Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Prof^a Dr^a Vanessa da Fontoura Custódio Monteiro – Universidade do Vale do Sapucaí
Prof^a Dr^a Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof^a Dr^a Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Elio Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Sidney Gonçalo de Lima – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo
Profª Drª Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

O direito enquanto fenômeno multidimensional 2

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Giovanna Sandrini de Azevedo
Indexação: Gabriel Motomu Teshima
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598	O direito enquanto fenômeno multidimensional 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. - Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.
Formato:	PDF
Requisitos de sistema:	Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso:	World Wide Web
Inclui bibliografia	
ISBN	978-65-5983-361-0
DOI:	https://doi.org/10.22533/at.ed.610211908
1.	Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.
	CDD 340
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de e-commerce, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL 2**, coletânea de vinte capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito penal e criminologia; estudos em direito do trabalho; e estudos sobre a justiça e seu funcionamento.

Estudos em direito penal e criminologia traz análises sobre desriminalização do aborto, estado de exceção, teoria da cocalpabilidade do estado infrator, segurança, legítima defesa, crime organizado, presídios, revista vexatória, humanização das penas, estado de necessidade, prova ilícita pro reo e direito ao esquecimento.

Em estudos em direito do trabalho são verificadas contribuições que versam sobre trabalho infantil, sindicato, princípio da unicidade sindical, uberização e métodos alternativos de solução de conflitos.

No terceiro momento, estudos sobre a justiça e seu funcionamento, temos leituras sobre a justiça cível e sobre a justiça eleitoral.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1.....	1
A LEITURA MORAL EM DWORKIN E O JULGAMENTO DA ADPF 442: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO DE DWORKIN E COMO ESTE PODE AUXILIAR NA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	
Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119081	
CAPÍTULO 2.....	17
O ESTADO DE EXCEÇÃO NA VISÃO DE GIORGIO AGAMBEN E HANNAH ARENDT: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA	
Amanda Pimentel de Souza	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119082	
CAPÍTULO 3.....	29
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO INFRATOR EM SENTENÇAS PENAS ABSOLUTÓRIAS	
Francisco Davi Nascimento Oliveira	
Flávia Maria Rocha Melo	
José Francisco da Silva Júnior	
Larah Roberta Campos Cansanção	
Dayane Reis Barros de Araújo Lima	
Romézio Alves Carvalho da Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119083	
CAPÍTULO 4.....	38
SEGURANÇA PÚBLICA E REGULAÇÃO NA SEGURANÇA PRIVADA	
Eliseu Gonçalves	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119084	
CAPÍTULO 5.....	53
A INCLUSÃO DE SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA AOS AGENTES DA SEGURANÇA PÚBLICA PELA LEI N. 13.967/2019 E A APLICABILIDADE NORMATIVA	
Thiago Martins Carneiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119085	
CAPÍTULO 6.....	67
A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL PARA COIBIR O CRIME ORGANIZADO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS	
Ari de Moraes Carvalho	
Marcos Nogueira de Carvalho	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119086	

CAPÍTULO 7.....	86
REVISTA VEXATÓRIA NOS PRESÍDIOS	
Flaviana dos Santos Oliveira Cruz	
Sumye Ishy Laranjeiras	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119087	
CAPÍTULO 8.....	104
SEXO OPRIMIDO: O ESQUECIMENTO DAS PARTICULARIDADES DO SEXO FEMININO DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL	
Maria Rita Borges Ferreira Veloso	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119088	
CAPÍTULO 9.....	112
APAC: UMA INSTITUIÇÃO A FAVOR DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS	
Bárbara Paiva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6102119089	
CAPÍTULO 10.....	118
ESTADO DE NECESSIDADE COMO INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL	
Antônio Martelozzo	
Chede Mamedio Bark	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190810	
CAPÍTULO 11.....	130
CRIMES PASSIONAIS: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE BRASILEIRA	
Rosa Cristina da Costa Vasconcelos	
Andrea Soutto Mayor	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190811	
CAPÍTULO 12.....	137
A ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA ‘PRO REO’: RAZOABILIDADE, PROPORACIONALIDADE E O DIREITO COMPARADO	
Jade Mireya Cambuí	
Moacyr Miguel de Oliveira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190812	
CAPÍTULO 13.....	141
O DIREITO AO ESQUECIMENTO: A BARREIRA LIMÍTROFE À LEI Nº 14.069/2020	
Igor Medinilla de Castilho	
Andréia Fernandes de Almeida Rangel	
Laone Lago	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190813	

CAPÍTULO 14.....154

O DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO A PERSONALIDADE FRENTE AO COMBATE DA CYBERCRIMINALIDADE

Mateus Catalani Pirani

Maria Beatriz Espinoza Miranda

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190814>

CAPÍTULO 15.....166

TRABALHO INFANTIL NO BRASIL: EVIDENCIANDO DADOS E DISCUTINDO MECANISMOS DE COMBATE

Bruno Gonzaga da Silveira Cardozo

Luiz Carlos de Abreu

César Albenes de Mendonça

Kátia Valeria Manhabusque

Italla Maria Pinheiro Bezerra

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190815>

CAPÍTULO 16.....180

REFORMA TRABALHISTA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, INSTITUIÇÕES SINDICAIS E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL

Bruna Rafaela da Silva Ferreira

Daniele Esteves Bisterço

Júlia Brandane Breda

Monique Hubach Pieretti

José Eduardo Lima Lourencini

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190816>

CAPÍTULO 17.....200

A RELAÇÃO DE TRABALHO ENTRE A UBER E SEUS “PARCEIROS”: O MOTORISTA ANTÔNIO

Jackeline Cristina Gameleira Cerqueira da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190817>

CAPÍTULO 18.....216

A APLICABILIDADE DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO TRABALHO

Eduardo Eger

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190818>

CAPÍTULO 19.....226

O FIM DO “DEPENDE”: JURIMETRIA DOS PROCESSOS DA 7^a SECRETARIA ESPECIAL CÍVEL DE CURITIBA/PR ENTRE 2015 e 2017

Fernando Schumak Melo

Amanda Caroline Camilo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190819>

CAPÍTULO 20.....241

AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DE ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL E SUA IMPORTÂNCIA NA GARANTIA DA REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA

Henrique Rabelo Quirino

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.61021190820>

SOBRE O ORGANIZADOR.....252**ÍNDICE REMISSIVO.....253**

CAPÍTULO 1

A LEITURA MORAL EM DWORKIN E O JULGAMENTO DA ADPF 442: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO DE DWORKIN E COMO ESTE PODE AUXILIAR NA DESCRIIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Data de aceite: 02/08/2021

Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro

<http://lattes.cnpq.br/0394643161968718>

RESUMO: O presente artigo visa investigar a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin. Questiona-se se através da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal em relação ao que fora decidido na ADI 3510 e na ADPF 54, poderá este ofertar resposta afirmativa quanto à descriminalização do aborto quando do enfrentamento da ADPF 442. Sob esse viés, também se analisa se o STF ao exercer função de intérprete que lhe é atribuída pela Constituição Federal, ao discutir sobre a despenalização do crime de aborto, estaria usurpando a competência do legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Leitura Moral da Constituição. ADPF 442. Descririminalização do Aborto.

MORAL READING IN DWORKIN AND THE JUDGMENT OF ADPF 442: BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT DWORKIN'S THOUGHT AND HOW IT MAY ASSIST IN DESCRIIMINALIZING ABORTION IN BRAZIL

ABSTRACT: This article aims to investigate the possibility of decriminalizing abortion in Brazil through the perspective of moral reading presented by Ronald Dworkin. It is questioned whether through the interpretative activity of the Supreme Federal Court in relation to what

was decided in ADI 3510 and ADPF 54, can this offer an affirmative answer regarding the decriminalization of abortion when confronting ADPF 442. Under this perspective, it is also analyzed if the STF, when acting as an interpreter assigned to it by the Federal Constitution, when discussing the decriminalization of the crime of abortion, it would be usurping the competence of the legislature.

KEYWORDS: Moral Reading of the Constitution. ADPF 442. Abortion Decriminalization.

1 | INTRODUÇÃO

Em 2018 foi protocolado no Supremo Tribunal Federal a ADPF 442 dando início ao trâmite sobre a possibilidade de despenalização do aborto até a 12^a semana de gestação, aventando mais uma hipótese de aborto lícito.

A discussão do tema aborto e o debate sobre a descriminalização deste no âmbito do Supremo Tribunal Federal em todo tempo foi cercado de críticas e alvo de polêmicas por tocar em pontos sensíveis do direito, crenças religiosas e por contrariar a vontade da maioria.

A leitura moral de Ronald Dworkin fala sobre o papel que concerne ao judiciário quanto à forma de ler e interpretar uma constituição política, explicando o que compete ao juiz em relação à sua atividade judicante e o que ele pode fazer a partir desta atribuição.

Nesse sentido, Dworkin defende que o responsável por extrair da constituição o real sentido de normas de textura aberta, de acordo

com o constitucionalmente preceituado, particularmente quando da resolução de *hard cases* compete aos juízes e em última instância aos juízes da Suprema Corte. No Brasil não é diferente e essa competência foi atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos magistrados e em última instância aos juízes do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, quando da confrontação da ADPF 442 pelo STF este deverá solucionar a questão à luz dos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à mulher, observando argumentos já despendidos em relação às decisões proferidas na ADI 3510 e na ADPF 54.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ao efetivar todas as potencialidades da Constituição Federal de 1988, despenalizando o aborto até a 12^a semana de gravidez, estaria usurpando as competências do Poder Legislativo ou estaria exercendo papel contramajoritário dando cumprimento aos direitos já constitucionalizados da mulher?

Em análise objetiva este artigo busca responder esses questionamentos fazendo algumas considerações em relação ao pensamento de Dworkin e como através de um correto método de interpretação da Constituição Federal o Pretório Excelso poderá implementar direitos já constitucionalmente reconhecidos à mulher, promovendo a descriminalização do aborto na ADPF 442.

2 | A LEITURA MORAL EM DWORKIN E O CASO ROE VS. WADE

Entende-se por leitura moral um conceito concebido por Ronald Dworkin, jusfilósofo estadunidense, que consiste num método de interpretar uma constituição, especialmente no que tange normas abertas, cuja correta leitura pode auxiliar na solução de *hard cases*. Nos Estados Unidos da América a responsabilidade de interpretar a Constituição Americana fora conferida aos juízes e em última instância aos juízes da Suprema Corte.

O Direito pátrio em muito se assemelha ao Direito norte-americano já que cabe ao Poder Judiciário, por meio de seus magistrados e em última instância ao Supremo Tribunal Federal, interpretar e dar a última palavra em relação a casos complexos levados a seu conhecimento. A Constituição Federal de 1988 conferiu essa incumbência ao judiciário brasileiro.

A leitura moral para Dworkin é um método particular de ler e executar uma constituição política. Tendo em vista que a maior parte das constituições modernas trata dos direitos fundamentais dos indivíduos de modo amplo e abstrato, necessário é que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem estes dispositivos considerando que os mesmos fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p. 2)

A leitura moral incorpora ao interior do direito constitucional a moralidade política, porém esta moralidade é essencialmente indeterminada e conflituosa. Dessa forma, o sistema de governo que possui princípios amplos e abstratos, deve determinar quem será

responsável pela sua interpretação e compreensão. (DWORKIN, 2006, p. 2)

O sistema de governo norte-americano contemporâneo entende que essa responsabilidade deve ser dada aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Embasados nesse entendimento que o ordenamento jurídico americano impõe, os críticos da leitura moral afirmam que os juízes obtêm, dessa forma, poderes absolutos para impor as suas convicções. (DWORKIN, 2006, p. 3)

Há a alegação de que inúmeros direitos constitucionais identificados pela Suprema Corte nas últimas décadas na verdade não estariam enumerados na Constituição, mas teriam sido criados pelos próprios magistrados, como por exemplo, o direito ao aborto. (DWORKIN, 2006, p. 1)

Para Dworkin a diferenciação entre direitos enumerados e direitos não enumerados é irrisória, embora reconheça que a categorização algumas vezes possui certo relevo na resolução de questões específicas. Dentre os estudiosos, alguns afirmam que na obtenção de respostas capazes de solucionar estas questões deve-se trabalhar em termos de referência semântica. Dworkin discorda determinando que a aplicabilidade de princípios abstratos de moralidade política, insertos na *Bill of Rights*, que tratam de direitos individuais constitucionais, a contextos políticos controvertidos individuais não se faz por referência semântica (*reference*) e sim por interpretação. (DWORKIN, 1992, p. 387)

Dando seguimento ao raciocínio acima exposto DWORKIN (1992, p. 386) afirma que:

Constitutional lawyers use “unenumerated rights” as a collective name for a particular set of recognized or controversial constitutional rights, including the right of travel; the right of association; and the right to privacy from which the right to an abortion, if there is such a right, derives. They regard this classification as marking an important structural distinction, as the terms “enumerated” and “unenumerated” obviously suggest. If the Bill of Rights only enumerates some of the rights necessary to a society of equal concern and basic liberty, and leaves other such rights unmentioned, then judges arguably have only the power to enforce the rights actually enumerated.

O raciocínio acima exposto denota o entendimento arcaico de que a função do juiz deveria resumir-se a ser a boca da lei, traduzindo-se num positivismo jurídico ultrapassado em que as normas editadas pelo legislativo não poderiam através da interpretação dialogar com as transmutações do tempo e da sociedade.

Em consequência desse imbróglio é que até os dias de hoje se discute sobre os poderes conferidos à função judicante em relação aos limites a que o magistrado deveria estar submetido no seu processo de interpretação da lei. Fato é que o juiz não mais pode ser considerado meramente um reproduutor da letra da lei e esta deve reproduzir o sentimento da sociedade não somente no momento em que for produzida bem como deve haver uma conexão entre este tempo e o desenvolvimento da comunidade.

No que se refere às críticas existentes à leitura moral da constituição, sobre juízes

deterem poderes acima dos legalmente aceitáveis, estas são desarrazoadas, já que esta forma de ler e executar não seria algo novo, visto que os juízes norte-americanos, na utilização de qualquer estratégia a interpretativa, já se utilizam da leitura moral. (DWORKIN, 2006, p. 3)

Diante desse cenário, fica claro que a leitura moral não pode ser reputada por revolucionária, já que advogados e juízes diuturnamente se utilizam deste expediente entendendo que a Constituição exprime exigências morais abstratas que só podem ser empregadas em casos concretos a partir de juízos morais específicos. (DWORKIN, 2006, p. 4)

A leitura moral não é em essência nem liberal e nem conservadora, e apesar disso a teoria constitucional dos Estados Unidos da América nega a leitura moral da Constituição, ainda que esta seja prática corrente nos tribunais deste país. Consequentemente, esse paradoxo entre a prática e a reputação da leitura moral teve dramáticos resultados na política. (DWORKIN, 2006, p. 5-6)

Outra problemática observável não somente no direito estadunidense assim como no direito brasileiro é a que se desdobra diante da função interpretativa do juiz: a politização da justiça. Não raramente se diz que os magistrados ao tomarem decisão “a” ou “b” estariam fazendo interpretações com o objetivo de favorecer um ou outro grupo ideológico, fazendo com que o *locus* do debate cambie do legislativo para o judiciário.

É permanente a confusão originada entre políticos e os juízes que estes indicam objetivando a satisfação de sua autoridade e a “não intervenção” na Constituição. Ocorre que, na práxis diária, no enfrentamento de questões levadas ao conhecimento dos juízes, este raciocínio não exprime de modo acertado as escolhas com que os juízes têm de se deparar. (DWORKIN, 2006, p. 7)

Em razão dos políticos norte-americanos escolherem a composição de sua Suprema Corte alinhada aos seus ideais costumeiramente estes se decepcionam. Cite-se como exemplo as nomeações feitas por Dwight Eisenhower, 34º presidente dos EUA, condenando o que ele nominou de “ativismo judicial”. Este observou que na constância de seu mandato cometeu dois erros e que ambos encontravam-se na Suprema Corte americana. Ele se referia a Earl Warren que, a despeito de pertencer ao Partido Republicano, foi responsável por um dos períodos mais “ativistas” da história da Corte, e também ao juiz William Brennan que se tornou um entusiasta da leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 7)

No Brasil observa-se o mesmo raciocínio. Os políticos brasileiros, em especial na figura do chefe do executivo, quando da indicação à composição do Supremo Tribunal Federal, acabam por anunciar pessoas que coadunem com a sua postura e ideologia. Acusam o judiciário incontáveis vezes de, na sua função interpretativa, estarem seus membros inovando o direito. Utilizam-se dessa narrativa e do discurso de que o judiciário não representa a vontade da maioria a não ser que a interpretação esteja alinhada às posições ideológicas do governo. Consequentemente, neste último exemplo, por óbvio,

não há nenhum pronunciamento contrário ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

O papel da atividade interpretativa do magistrado é sobremaneira mais sério e relevante que os posicionamentos ideológicos de um dado governo momentâneo, não importando se este é liberal ou conservador. Ao juiz cabe extraír do texto constitucional resposta eficaz que exprima o sentimento de uma comunidade em desenvolvimento e efetive o alcance da pacificação social. Nesse sentido, juízes estão sempre a surpreender os governantes que os indicaram quando invés de obedecer a determinadas ideologias políticas fazem emergir direitos que a Constituição impõe através de seus princípios.

Os EUA possui esta mesma similaridade ocorrente no Brasil. No momento que Ronald Reagan e George Bush indicaram os sucessores da Suprema Corte surpreenderam-se negativamente com os resultados e assim utilizaram a narrativa de “usurpação” dos privilégios do povo pela Corte máxima daquele país. Estes declararam que só indicariam juízes que não fossem contrários à “vontade popular”, bem como aqueles que ficassem responsáveis pela reversão da decisão do caso *Roe vs. Wade* que tratou da legalização do aborto nos EUA em 1973. Ocorre que três de seus indicados decidiram não só pela confirmação da decisão dada ao caso *Roe vs. Wade*, bem como ofereceram novos fundamentos jurídicos que expressavam ainda mais a leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 7)

O caso *Roe vs. Wade* surgiu em 1970 por meio da representação de Norma L. McCorvey – “Jane Roe” – pelas advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington. Na ocasião argumentaram que a gravidez de Roe era fruto de uma violação. Representando o Estado do Texas, Henry Wade se opunha a legalização do aborto. No entanto, o Tribunal do Distrito do Condado do Texas decidiu a favor de Roe, mas recusou-se a modificar a legislação para efetivar a legalização do aborto.¹

Após sucessivas apelações o caso chegou até à Suprema Corte dos Estados Unidos e por fim decidiu em 1973, que a mulher acobertada pelo direito à privacidade – sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda – tinha o poder de decidir sobre levar ou não a gravidez a termo. O direito à privacidade é considerado um direito fundamental sob a guarda da Constituição norte-americana, por isso nenhum dos Estados poderia legislar de modo contrário a esse direito.¹

Essa decisão fora considerada histórica em matéria de aborto, já que a maior parte das leis contrárias ao aborto, de acordo com o juiz responsável pelo relatório final da decisão Harry Blackmun, violavam o direito constitucional à privacidade. A decisão obrigou a modificação da totalidade das leis federais e estaduais que vedavam ou restringiam o aborto ou eram contrárias à decisão. A decisão da Suprema Corte foi interpretada como a primeira despenalização do aborto para os 50 Estados da União.¹

1 Full Text of Roe v. Wade Decision U.S Supreme Court ROE V. WADE, 410 U.S., 113 (January 22, 1973). 410 U.S 133 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appel from the United States District Court for the Northern District of Texas, nº 78-18. Argued December 13. 1971 Reargued October 11, 1972 – Decided January 22, 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>

Dworkin (1992, p. 395) considera que toda mulher tem o direito constitucionalmente protegido de controlar o uso do próprio corpo. Nesse sentido, toda mulher grávida possui o direito ao aborto a não ser que o Estado possua uma razão legítima e relevante para obstar-lo.

Por vezes a razão legítima levantada é atrelada à proteção da vida como um valor intrínseco ou em razão do feto possuir direitos e interesses, identificando-se assim dois tipos de reivindicações: as derivadas ou as desanexadas. Na reivindicação derivada pressupõe-se que o feto já possua direitos e interesses, já na desanexada o valor da vida humana já está em jogo na vida do feto. Porém esse raciocínio é condutor da ambiguidade e nenhum deles revela quando se inicia a vida humana, se o feto é uma pessoa e se os estados podem validar o discurso anti-aborto centrados em uma das reivindicações mencionadas. (DWORKIN, 1992, p. 397-398)

3 I DIREITOS DE PERSONALIDADE E INÍCIO DA VIDA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PENSAMENTO DE DWORKIN E DO RACIOCÍNIO EXPOSTO NA ADI 3510 E NA ADPF 54

Deslindando os questionamentos propostos nas linhas anteriores, seria o feto uma pessoa dotada de personalidade? Seria ele uma pessoa? A partir de qual momento? O Estado pode obstar uma mulher de praticar aborto baseado nas respostas a esses questionamentos?

A Constituição dos EUA define quem seriam as chamadas “pessoas constitucionais” que detém direitos constitucionalmente protegidos que o governo deve resguardar e cumprir. Essa pessoa constitucional é aquela que o Estado pode restringir ou limitar, caso o escopo de direitos constitucionais entre em conflito com o de terceiros. Portanto, os estados teriam uma razão derivada para inibir o aborto caso houvesse a constitucionalização do feto como pessoa, com direitos constitucionais competitivos com os direitos de uma mulher grávida. No caso *Roe vs. Wade* a Suprema Corte norte-americana respondeu a esse questionamento de modo negativo, ou seja, a Constituição estadunidense não declara o feto como uma pessoa constitucional capaz de competir com os direitos de uma mulher grávida. (DWORKIN, 1992, p. 398)

No ordenamento jurídico brasileiro o início dos direitos de personalidade orbita entre duas teorias: a natalista e a concepcionista. O art. 2º do Código Civil afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

No entendimento de GONÇALVES (2015, p. 100) a doutrina tradicional afirma que o direito positivo adotou quanto ao início dos direitos de personalidade a teoria natalista, já que se exige o nascimento com vida para a fruição destes direitos. Ficam resguardados os direitos do nascituro e após o nascimento com vida, em relação aos seus interesses, sua existência retroage à concepção.

No entanto, TARTUCE (2012, p. 72) afirma que a teoria concepcionista é aquela que sustenta ser o nascituro pessoa humana com direitos resguardados por lei. Conclui que esta é a teoria que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos, estabelecendo que o nascituro tem direitos reconhecidos desde a sua concepção. Ressalta que a conclusão por esta teoria defluiu do Enunciado n. 1 do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que enuncia os direitos do natimorto asseverando que a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

O Supremo Tribunal Federal não possui um posicionamento definido quanto a questão, porém, no deslinde da ADI 3510, prevaleceu, por decisão apertada (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em que declarou que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, acrescentando que “a Constituição Federal, quando se refere à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b), ao livre exercício dos direitos individuais (art. 85, III) e aos direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV), estaria se referindo a direitos e garantias do indivíduo-pessoa”. (GONÇALVES, 2015, p. 106)

Pode-se afirmar que, diante desses conceitos, a forma como o Direito norte-americano concebe os direitos de personalidade do nascituro guarda alguma semelhança com o Direito brasileiro. Os estados que compõem a União podem legislar sobre quais direitos poderiam ser abarcados pelo feto caso ele nasça com vida. Podem legislar sobre qual seria o início da vida e em que momento o feto poderia se tornar uma pessoa constitucional para proteger direitos patrimoniais, entre outros, que este poderá fruir com o nascimento. No entanto, a legislação estadual não poderia se sobrepor à Constituição estadunidense e a decisão da Suprema Corte quanto ao conceito de pessoa constitucional a fim de obstar o aborto quando em conflito com os direitos constitucionais já reconhecidos da mulher grávida. (DWORKIN, 1992, p. 399-402)

Sob outro viés, adentrando mais especificamente nos conceitos do início da vida, pode-se discutir sobre o interessante diálogo promovido pela ADI 3510 que tratou da possibilidade de se promover pesquisas científicas com células tronco-embriónrias. No debate travado na referida ADI o cerne da questão era saber se a prática violava ou não o direito à vida. Buscava-se exclusivamente a melhor interpretação sobre a compatibilidade do direito à vida.

Na oportunidade a Corte julgou totalmente improcedente a ação direita de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança, permitindo a regulamentação das pesquisas científicas com embriões humanos provenientes da fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados a mais de três anos.

Visando uma melhor compreensão do que fora decidido pela Corte, transcreve-se

abaixo um trecho da decisão:

"(...) a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, "O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica"); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;(...)" (STF, 2008, online)

O Ministro Ayres Britto, relator da ação, votou no sentido de que não incidia a hipótese de violação do direito à vida, bem como não existia ofensa à dignidade da pessoa humana. Sustentou que para que haja de fato uma vida humana é necessário que o embrião esteja anexo ao útero humano. O início da vida, portanto, pressupõe a concepção intrauterina. Para ele o zigoto é a fase inicial do embrião, a célula-ovo ou célula-mãe, no entanto, difere da pessoa natural, porquanto não há um cérebro formado. Ressaltou também o espírito de sociedade fraternal aventado pela Constituição Federal na defesa do uso das células-tronco na pesquisa científica com o propósito de curar enfermidades. Igualmente, referiu-se aos artigos 196 e 200 da Constituição Federal de 1988 que versam sobre o direito à saúde e a imperiosidade do Estado assegurá-la com o objetivo de tratar doenças. (STF, 2008, online)

Embasou seu voto nos artigos da Constituição Federal que tratam do direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, tendo seu voto prevalecido, julgando a Corte a ADI 3510 totalmente improcedente, por seis votos a cinco.

Outro importante debate sobre o início da vida ocorreu quando do julgamento da ADPF nº 54. Na oportunidade, o STF julgou procedente a ADPF 54 para declarar a constitucionalidade da interpretação cuja interrupção da gravidez em casos de anencefalia seria considerado aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

Questionamentos primordiais a serem respondidos quando do julgamento desta

ADPF foram os levantados pelo Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, segundo o qual seria se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia estaria de acordo com o que preceitua a Constituição Federal, particularmente com aqueles dispositivos que garantem o Estado Laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, privacidade e da saúde. Entendeu o relator que inquestionavelmente a tipificação penal da interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não coadunava com a Constituição e as demais garantias por ela preceituadas.

Em busca de uma maior clareza acerca dos fundamentos explicitados pelo Ministro Relator, extraem-se alguns excertos de seu voto, citando-os abaixo:

“(...) Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

(...) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoadado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz.” (STF, 2005, online)

Pois bem, muito embora o Brasil não seja um país cuja sua sociedade seja desprovida de crenças religiosas e o mesmo também não se configure ateu, nosso ordenamento jurídico-constitucional prevê que o Estado é Laico. Nesse sentido, a separação entre igreja e Estado fora mencionada no voto do Relator segundo o qual a Constituição Federal de 1988 não apenas garantiu a liberdade religiosa (art. 5º, VI), bem como consignou a laicidade do Estado (art. 19, I). Salientou o ministro que a questão enfrentada no processo

não poderia ser examinada sob orientações de cunho meramente moral ou religioso. (STF, 2005, online)

Analisando a temática através da lógica de proteção irrestrita à vida, ressalte-se que no caso do feto anencéfalo não há vida potencial a ser protegida, já que o ser assemelha-se àquele em estado vegetativo, estando ausentes a consciência e a dor, por completo defeito no tubo neural, não presentes a calota craniana e parte do encéfalo. (STF, 2005, online)

Aplicando uma analogia sobre o que discute Dworkin em relação ao argumento de um valor intrínseco à vida a fim de obstaculizar o aborto, tanto no ordenamento jurídico norte-americano quanto no brasileiro pode-se afirmar que este raciocínio não se sustenta por acabar atropelando direitos constitucionalmente garantidos à mulher que é detentora de direitos já constitucionalmente reconhecidos.

Em relação à existência da vida no caso de feto portador de anencefalia, o diagnóstico é preciso em determinar que não há potencial para que este se torne pessoa humana. Ainda que se considere um ser biologicamente vivo, visto que é constituído por células e tecidos vivos, é este considerado juridicamente morto. Dessa forma, a interrupção da gravidez não configuraria crime contra a vida, relevando-se conduta atípica. (STF, 2005, online)

Se de um lado estamos diante da proteção irrestrita da vida de outro estamos diante do atropelamento dos direitos fundamentais humanos da mulher. Não há razão em se violar estes direitos fundamentais em face de uma vida que não possui viabilidade. De um lado estaria o direito fundamental à vida e de outro lado os direitos fundamentais de inviolabilidade à intimidade e a vida privada, à dignidade da pessoa humana, à saúde, direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia privada, etc.

Encontramo-nos diante de uma colisão aparente de direitos fundamentais, e na sua suposta ponderação não haveria vida a ser protegida, já que a vida extrauterina é inviável. Estar-se-ia de frente a uma defesa do direito irrestrito à vida em face de todos os outros direitos fundamentais e humanos pertinentes à mulher, sobretudo os direitos à dignidade da pessoa humana e à saúde, compreendida aí a saúde mental. Não é razoável superpor inflexível direito à vida em contraposição a todos os demais direitos concernentes à mulher que seria relegada tão somente a condição de incubadora, desprezada sua condição psíquica.

4 I A TRAMITAÇÃO DA ADPF 442 NO STF E A POSSIBILIDADE DE DESCRIIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

A partir dos argumentos acima despendidos e da recente propositura da ADPF 442 no âmbito do Supremo Tribunal Federal poder-se-ia indagar se, no que concerne a interpretação do ordenamento jurídico pátrio, encontrar-se-iam respostas obsoletas quando do enfrentamento do tema aborto se comparado às respostas ofertadas por outros países

quanto aos direitos humanos constitucionalizados das mulheres.

A ADPF 442 ajuizada pelo PSOL quando da exposição de seus argumentos defendeu que o aborto, quer seja ele induzido ou voluntário, desde que efetuado nas primeiras 12 semanas de gestação deveria ser considerado lícito de acordo com os direitos fundamentais que garantem à mulher a dignidade, liberdade, igualdade, cidadania, o direito à saúde, ao planejamento familiar, à razoabilidade, à proporcionalidade, entre outros direitos constitucionalizados que tangenciam os direitos humanos da mulher. Postulou-se a procedência da ação, com a recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para que se insira nova hipótese permissiva de aborto além das já existentes.

De acordo com os direitos humanos da mulher constitucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro e sob a perspectiva da função interpretativa do poder judiciário, particularmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, seria o mesmo competente para ofertar uma resposta final quanto à descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação?

Antes de responder esse questionamento é indispensável dialogar sobre algumas definições já apresentadas pelo STF quando ao início da vida. Na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3510 o Ministro Ayres Britto acabou por formular conceito sobre o que seria o início da vida, afirmando que para haver vida esta deveria ser intrauterina. No entanto, desenvolveu o raciocínio explicando que o zigoto seria a fase inicial do embrião ou uma célula-ovo que não igualava a pessoa natural, visto que desprovido de cérebro formado. Já que o feto em sua fase inicial não pode ser equiparado à pessoa natural por que ausente o desenvolvimento cerebral, os direitos deste feto poderiam competir com os da mãe que já é pessoa dotada de personalidade jurídica com direitos constitucionalmente garantidos? Se tomarmos como parâmetro o decidido pela Suprema Corte dos EUA de acordo com o ordenamento jurídico vigente naquele país a resposta seria inequivocamente negativa, tendo em vista o feto não ser considerado pessoa constitucional e não estar apto a competir com direitos constitucionais já reconhecidos à mulher gestante.

Os direitos do nascituro podem ser protegidos de acordo tanto com o ordenamento jurídico brasileiro quanto com o estadunidense. Ambos os países possuem legislação protetiva daqueles que tem expectativa de direitos que serão fruídos a partir do nascimento com vida. No entanto, não comporta proporcionalidade que direitos de quem possui mera expectativa, que podem vir ou não a tornarem-se efetivos direitos, a depender do nascimento com vida ou não, se sobreponham a direitos que não são fruto de expectativa porque já declarados e sujeitos à plena fruição.

Nos EUA os estados podem proteger os interesses das “não-pessoas”. Entretanto, estranha-se que um estado possa apelar para inviabilizar um direito constitucional garantido à mulher: o direito desta controlar o próprio corpo. Este direito só poderia ser restringido caso estivesse competido com os direitos de outras pessoas constitucionais ou por meio de razões convincentes. (DWORKIN, 1992, p. 402)

Os fundamentos despendidos na análise da ADPF nº 54 e as definições ali insertas são sobremodo relevantes para o entendimento do início da vida de acordo com o arranjo constitucional brasileiro. No enfrentamento da questão trazida por meio da ADPF 54 argumentou-se que no caso de anencefalia não havia vida a ser protegida, dado que o feto em formação apresentava defeito no tubo neural, com ausência da calota craniana e parte do encéfalo, tornando a vida inviável. Pode-se concluir, portanto, que para a existência ou início da vida deve haver o desenvolvimento cerebral completo, o que inexiste em fetos com menos de 26 semanas.

Poder-se-ia alegar que o feto poderia sentir alguma espécie de dor quando da execução do aborto. Decerto que os seres vivos são capazes de sentir dor e obviamente há interesse em se evitar isso, no entanto, o feto não poderá sentir dor até o final da gestação, já que até os cientistas mais conservadores negam que o cérebro esteja suficientemente desenvolvido para sentir dor até aproximadamente a vigésima sexta semana de gravidez. (DWORKIN, 1992, p. 403)

Quanto à proteção dos interesses do feto ou dos direitos do nascituro este não chegaria a alcançar esta expectativa de direitos antes dos terceiro trimestre de gestação, quando poderia atingir a viabilidade fora do útero materno. Nesse sentido “nem tudo o que pode ser destruído tem interesse em ser destruído”. Os interesses surgiriam a partir do momento em que o feto adquirisse alguma forma de consciência – “alguma mental como a vida física”. (DWORKIN, 1992, p. 402)

Em relação à existência de um “valor intrínseco à vida”, notoriamente fruto de crenças espirituais e religiosas, haveria a possibilidade de se aventar um direito irrestrito à existência da vida em face de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos à mulher no ordenamento jurídico brasileiro?

O Ministro Celso de Mello respondeu esse questionamento no bojo da ADPF 54 quando afirmou a laicidade do Estado sustentando que “ações de cunho meramente imoral não merecem a glosa do Direito Penal”. Esse entendimento é de suma importância para que o aborto não possa ser proibido meramente por argumentos de origem moral e/ou religiosa onde o sentimento de terceiros sobre determinada questão possa ser capaz de restringir direitos eminentemente individuais. Imperioso é que as questões de Direito sejam sempre solucionadas com a razão e de acordo com o arranjo constitucional estabelecido, apartado mero moralismo religioso.

O direito “a um valor intrínseco à vida” não deve ser preservado a qualquer custo em prejuízo a todos os direitos humanos constitucionalmente garantidos à mulher, sobretudo os que se referem à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

Por fim não se pode obstar o pleno domínio sobre os direitos reprodutivos das mulheres. Este é um direito cuja sociedade brasileira tem a tendência de negar a mulher

fazendo com que a igualdade material de gêneros não seja alcançada. Por outro lado há permissibilidades que verdadeiro paradoxo quanto à restrição desses direitos. Já que a mulher não pode ter pleno domínio sobre seus direitos reprodutivos porque então é permitido o uso de anticoncepcionais já que alguns argumentos de cunho religioso entendem que estar-se-ia obstando possibilidade de existência de novas vidas? Porque então na ADI 3510 não se obrigou a mulher a implantar todos os embriões viáveis, deixando para o casal a escolha de implantá-los ou não? Não parece lógica a restrição do pleno domínio dos direitos reprodutivos da mulher quando os intérpretes da Constituição fundamentam as respostas ofertadas à sociedade em sentido contrário.

No direito estadunidense, o juiz Brennan posicionando-se pelo Tribunal, afirmou que “se o direito à privacidade significa alguma coisa, é direito do indivíduo, casado ou não, estar livre de intrusões governamentais em assuntos tão fundamentais como a decisão de suportar ou gerar uma criança”. Esse é o ponto. Cabe ao casal ou ao indivíduo decidir sobre direitos concernentes a eles mesmos sem que haja a intromissão do Estado. (DWORKIN, 1992, p. 416)

E afinal, o Supremo Tribunal Federal é competente para decidir sobre a descriminalização do aborto ou não? Estaria a Corte usurpando competências que não lhe foram conferidas, promovendo debates que deveriam ser discutidos no âmbito do legislativo?

Cumpre destacar que é o judiciário legítimo intérprete dos mandamentos constitucionais e como tal detém o poder de identificar os conteúdos valorativos ali tutelados. (HABERMAS, 1997, p.316-317)

De acordo com a leitura moral proposta por Dworkin os juízes têm sua função perfeitamente encaixada quando suas convicções individuais estão de acordo com a legislação em que a constitucionalidade está sendo analisada – quando, no exemplo retocitado, o juiz admite moralmente que a maior parte da população tem razão quanto a tornar o aborto um crime. (DWORKIN, 2006, p. 8)

Entretanto, é possível que haja uma mudança de paradigma, de um padrão anteriormente imposto pela maioria e assim aceito, quando na leitura moral da Constituição as convicções pessoais do juiz sejam postas à prova e modificadas por meio do diálogo, inclinando-se este num sentido oposto, visto que para garantir a Constituição o juiz pode entender que a maioria da população não pode ter o que quer. (DWORKIN, 2006, p. 8)

Não obstante os integrantes do poder judiciário não ser eleitos, legítima é a função de interpretar a Constituição Federal, atividade esta atribuída aos juízes pela própria Carta Magna. Em relação ao poder judiciário em algumas decisões não possuírem legitimidade por não representar a vontade da maioria, cumpre destacar que em uma democracia moderna o judiciário deve ofertar resposta contrária a essa maioria para garantir direitos de uma minoria, sob pena dessas minorias não estarem representadas pela democracia e serem esmagadas pela dita vontade da maioria.

Ainda que não eleito, o poder que o juiz exerce é representativo – emana do povo e em seu nome deverá ser exercido – e nesse sentido, a função judicante deverá estar de acordo com o sentimento da comunidade. Porém, os magistrados não podem ser populistas, e em obediência ao que a própria Constituição Federal preceitua, muitas vezes terão de agir de modo contramajoritário. (BARROSO, 2008, p. 15)

A concepção comunitária de democracia nos traz a noção de uma comunidade que apesar de eleitos seus representantes, quando estes preterem as necessidades e perspectivas da vontade de uma minoria, não poderá a democracia ser considerada justa e legítima. (DWORKIN, 2006, p. 38-39)

Os juízes quando se ocupam da atividade interpretativa não podem fazer de qualquer jeito ou à sua maneira, ficando obrigados a interpretar conforme os ditames constitucionais e adstritos as decisões judiciais já existentes. A leitura moral impõe que a interpretação seja extraída de uma conjugação da melhor concepção dos princípios morais constitucionais e tradição dos tribunais. Nesse sentido, parece correto concluir que não somente é função do Supremo Tribunal Federal enfrentar e ofertar uma resposta à sociedade em relação ao discutido da ADPF 442, bem como que em respeito ao entendimento esboçado em outras ações pela Corte e o arranjo constitucional pátrio, deduzir que a resposta quanto à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação deve ser afirmativa.

5 | CONCLUSÃO

Em conformidade com a leitura moral de Dworkin e com o arranjo institucional brasileiro observa-se que é função do poder judiciário interpretar as normas de textura aberta sem que isso signifique ofensa à separação de poderes. Ao revés, o poder conferido ao judiciário foi atribuído pela própria Constituição Federal de 1988, sendo os legisladores constituintes desta responsáveis por traçar as regras constitucionais que outorgam aos juízes a função de interpretar a lei.

Destarte, cabe ao judiciário quando no exercício da sua atividade interpretativa extrair os sentidos não somente explícitos como aqueles que derivam da comunicação da Constituição com o sistema jurídico. Estes sentidos devem estar de acordo com a jurisprudência e o que foi decidido em casos que possuem pontos de convergência e que foram analisados anteriormente.

Consequentemente, quando do enfrentamento da ADPF 442, em respeito aos fundamentos contidos em outras decisões do Supremo Tribunal Federal, que contêm conceitos e definições da Corte que revelam-se sobremodo importantes para o esclarecimento dos argumentos que auxiliarão da decisão desta ação.

Entende-se que a resposta ofertada pelo STF quanto à descriminalização de aborto até a 12ª de gestação deve ser afirmativa, já que de acordo com o que já fora decidido em relação a questionamentos essenciais do direito brasileiro como o início da vida e da

personalidade jurídica na ADI 3510 e na ADPF 54 o raciocínio contrário não se sustentaria.

Outrossim, não há que se falar na não legitimidade da decisão do STF quanto à descriminalização do aborto por não representar a “vontade da maioria”. Como já foi dito ao poder judiciário fora constitucionalmente conferida a função de interpretar e este pode posicionar-se de modo contramajoritário quando necessário.

Em uma sociedade plural não se deve decidir sempre de acordo com a vontade da maioria. Ao contrário, nas democracias contemporâneas, a fim de efetivar direitos de minorias o judiciário deve também comunicar à maioria a resposta que ela não pode ter.

Diante do exposto, na efetivação de uma democracia comunitária e justa, o STF deve interpretar a ADPF 442 no sentido de legitimar direitos já constitucionalmente garantidos às mulheres, ofertando resposta consentânea que concerne em tornar lícita a efetivação do aborto até a 12^a semana de gravidez, promovendo assim a sua descriminalização.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, 2003. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 09/06/2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 15. ed. São Paulo:Método, 2015.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. The University of Chicago Law Review, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jünger. Direito e democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3510 DF. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Dj: 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 08/06/2020.

STF. AGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Dj: 27/04/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 08/06/2020.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 442. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 09/06/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 2^a ed. São Paulo: Método, 2012.

[1] Full Text of Roe v. Wade Decision U.S Supreme Court ROE V. WADE, 410 U.S, 113 (January 22, 1973). 410 U.S 133 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appel from the United States District Court for the Northern District of Texas, nº 78-18. Argued December 13. 1971 Reargued October 11, 1972 – Decided January 22, 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>

CAPÍTULO 2

O ESTADO DE EXCEÇÃO NA VISÃO DE GIORGIO AGAMBEN E HANNAH ARENDT: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 29/04/2021

Amanda Pimentel de Souza

UNIFBV WYDEN

Recife – PE

<http://lattes.cnpq.br/3044132246465703>

RESUMO: A diferença entre Zoé e Bío, é que a zoé é a vida nua e sem nenhuma interferência política e a partir do momento que a zoé é incluída na bío, tem-se a transformação em biopolítica. Com isso, o ser humano passa a ser inserido na vida política e por tanto, começa a ter uma vida matável e insacrificável, uma inclusão exclusiva, uma verdadeira matabilidade. Dessa forma, o homem passa a ser sujeito do poder político e o que entra em questão é a vida nua do cidadão, onde entra também a democracia moderna querendo encontrar o bíos da zoé, ou seja, os seus direitos, liberdade e a não submissão. Fica explícita a existência de uma biopolítica totalitária por conta da vida nua sob forma de exceção e incluída através de uma exceção.

PALAVRAS-CHAVE: Agamben; Arendt; Estado de Exceção; Inclusão.

THE STATE OF EXCEPTION THE VIEW OF GIORGIO AGAMBEN AND HANNAH ARENDT: A LEGAL ANALYSIS FROM BRAZILIAN REALITY

ABSTRACT: The difference between Zoé and

Bío, is that the zoé is the naked life and without any political interference and from the moment that the zoé is included in the bio, there is the transformation into biopolitics. With that, the human being starts to be inserted in the political life and for that reason, begins to have a life that is maturable and insatiable, an exclusive inclusion, a true matability. In this way, man becomes the subject of political power and what comes into question is the naked life of the citizen, where modern democracy also wants to find the zoos' bios, that is, his rights, freedom and non-submission. It is explicit the existence of a totalitarian biopolitics on account of naked life in the form of an exception and included through an exception.

KEYWORDS: Agamben; Arendt; Exception status; Inclusion.

1 | INTRODUÇÃO

Giorgio Agamben traz em seu livro, *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*, a diferença e a explicação entre zoé e bíos. A zoé é vida privada de valor político, é a vida do prazer, do viver bem, essa vida natural por sua vez é incluída na política e se transforma em Biopolítica. Enquanto zoé, as vidas eram regidas pelas leis divinas, quando introduzida na bíos, essas mesmas vidas passam para o controle Estatal e tornam-se sujeitos de direitos, direitos esses ocultos, apresentados muitas vezes apenas em sua formalidade quando existentes. As pessoas nascem não mais como

objetos, mas com cidadãos de direitos, submissas aos ditames do Estado, pertencem sem pertencer por não se sentirem inclusas no todo ao qual fazem parte, e a vida nua continua a existir sobre forma de exceção, onde é incluída somente através da exclusão.

Para Aristóteles, “por milênios o homem permaneceu um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente” (Foucault, 1976, p.127).

A partir desta passagem para a vida política, tem-se a transformação do Estado territorial para o Estado população e consecutivamente o valor, ou seja, a importância da vida, da saúde e a sua proteção. Houve, desta forma, a politização da vida nua.

Vale ressaltar que a vida nua quando incluída na biopolítica passa a ser também uma vida matável e insacrificável do homo sacer, e a função desses cidadãos incluídos na pólis é a reivindicação por ser uma exclusão inclusiva a procura de direitos, permanece assim, uma verdadeira matabilidade.

Segue a baixo um trecho da Política situe o lugar próprio da pólis, nexo entre vida nua e política, homem como ser vivente:

Só o homem entre os viventes possui a linguagem. A voz, de fato, é sinal da dor e do prazer e, por isto, ela pertence também aos outros viventes (a natureza deles, de fato, chegou até a sensação da dor e do prazer e a representa-los entre si), mas a linguagem serve para manifestar o conveniente e o inconveniente, assim como também, o justo e o injusto; isto é próprio do homem com relação aos outros viventes, somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e das outras coisas do mesmo gênero, e a comunidade destas coisas faz a habitação e a cidade.

O homem passa a ser sujeito do poder político e o que entra em questão é a vida nua do cidadão, entrando, desta forma, também a democracia moderna querendo encontrar a bís da zoé, ou seja, os seus direitos, como por exemplo, a liberdade e a não submissão. Com isso, entra os estados totalitários nas sociedades pós-democráticas, havendo uma solidariedade entre democracia e totalitarismo, o nazismo e o fascismo que haviam feito decisões nas vidas nuas antepassadas permaneceram, mas de forma pensada, usando da lei e onde também vão querer impor suas leis em uma democracia em busca pela liberdade e direitos, esses, considerados atualmente, humanos. Percebe-se a existência de uma biopolítica totalitária por conta da vida nua sobre forma de exceção, incluída através de uma exclusão.

Até que, todavia, uma política integralmente nova, ou seja, não mais fundada sobre a exceptio da vida nua – não apresente, toda teoria e toda praxe, permanecerão aprisionadas em um beco sem saídas, e o “belo dia” da vida só obterá cidadania política através do sangue e da morte ou na perfeita insensatez a que a condena a sociedade do espetáculo. (Agamben, 2007, p.19).

Esse trecho explica a busca pela voz, liberdade, os direitos, respeito, tolerância, igualdade com a política, não encontrados pela via nua pertencente a biopolítica, quando

se faz menção a política através do sangue e da morte, não são os campos totalitários e desumanos nazistas do passado, mas sim, atualmente, as greves, os protestos, as várias formas de reivindicações existentes, a desigualdade econômica, racial, de gênero, refugiados, moradores de ruas e entre outros que se enquadram dentro de uma vida nua e apenas vivem, tudo em prol de uma política de modo uniforme em relação a igualdade no que diz respeito a população.

“A lei está fora dela mesma, ou então: eu, o soberano que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei.” Esse paradoxo explica que nascemos dentro da lei, mas não usufruímos dela em sua forma concreta, o ser humano já nasce uma exceção. Para um melhor entendimento, segue retro um trecho do paradoxo da soberania de Agamben:

“Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído.” Explicita as classes excluídas, onde apenas existem, ou seja, são mortos viventes que nascem cidadãos de direitos, sem ter esses direitos de forma concreta, é um pertencimento, sem pertencer.

No capítulo que trata do homo sacer, a morte é a regra e quem não vive esse sacrifício é a exceção, o fora da lei, o vivente de uma vida nua, pois o caráter da sacralidade liga-se a uma vida humana, na fase arcaica, o religioso e o penal se fundiam e a condenação à morte era um sacrifício à Deus. Para uma melhor explanação desses fenômenos sociais, no início dos decênios XX, surge a “teoria da ambiguidade do sacro”, para tirar dúvidas a respeito do homo sacer, considerado impuro e qualquer um podia matá-lo sem cometer sacrilégio, situado entre uma matabilidade e insacrificabilidade, não pertencente aos direitos humanos e nem ao divino. De acordo com esta linha pensamento, surgi então distinção entre ambos, o sacro e profano, religioso e jurídico. Para tanto, o homo sacer é a exceção do sacrifício, da impunidade da matança. “Uma pessoa é posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para divina” (Agamben, 2007, p. 90).

O fragmento supracitado explica a importância da sacralidade da vida humana quando na antiguidade existia uma dupla exceção do ius humanum e do ius divinum.

Algumas citações se fazem mister para um melhor entendimento, estudo e aplicabilidade do sacratio:

Na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o homo sacer pertence a Deus na forma insacrificável e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra (Agamben, 2007, p. 90).

Ambas as vidas se coincidem, cada uma no seu tempo, na divina a morte para salvação e passando para vida em sociedade, passa a ser um morto vivente, no sentido figurado, pode-se dizer que um fascismo por parte do governo, o esquecimento dos vulneráveis, levando assim a morte mesmo em vida. Atualmente, a vida sacra é uma vida nua incluída na política. Fica aqui a teoria da ambivalência entre o profano e o sacro.

Em se tratando de Hannah Arendt e de uma forma breve explanando uma de

suas escrituras, como o Imperialismo, a autora deixa de forma expressa o problema dos refugiados, também enquadrados nessa vida nua. Na sua concepção deveriam ser homens de direitos.

Percebe-se, neste sentido, que são pessoas desprovidas de tutela e no que tange ao pensar de Giorgio Agamben, coincide com o de Arendt por trata-se de uma vida nua da Zoé, uma vida matável, cidadãos em busca de direitos não amparados por lei, vida insacrificável e indigna. Em decorrência do vazio, surge o direito dos homens e também a inclusão da vida nua na vida política - Direitos do Homem e a Biopolítica: “As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico política do estado-nação.” O simples nascimento já o torna um cidadão de direitos, a vida natural sendo introduzida na biopolítica da modernidade, na antiguidade, a vida natural era pura criação divina. No que tange Agamben e Hannad, ambos tratam da questão da inclusão da vida nua na pólis, permanecendo o cidadão desde sempre um morto vivente, nada muda neste sentido.

Algumas citações são de suma importância a respeito do capítulo 2 do Homo Sacer, onde mostra que o direito dos homens ao mesmo tempo que se mostra dentro, encontra-se fora da política, seguem retro:

Os direitos dos homens que faziam sentido apenas como pressuposto dos direitos do cidadão, separam-se progressivamente destes e são utilizados fora do contexto da cidadania, como suposto fim de representar e proteger uma vida nua que vem a encontrar-se, em proporção crescente, expulsa às margens dos Estados-nação, para ser então posteriormente recodificada em uma nova identidade nacional.

Esse trecho faz menção aos povos que perderam sua nacionalidade, em específico, os Judeus, refugiados para não serem mortos e quando em outros países tinham que se naturalizar de acordo com a nação no qual estavam inseridos, os apátridas e fora que teriam que se mostrar dignos daquela nacionalidade, por tanto, os direitos dos homens não se fez presente, e os direitos inalienáveis totalmente desprovidos.

“O estatuto tem que ter caráter humanitário e social, não político.” Ao mesmo tempo mostra a exceptio da vida nua, como o descontentamento com a inclusão na vida política por falta dos próprios direitos que lhes são dados.

Por outro lado, em se tratando dos Estados Totalitários, Hannad Arendt se diferencia um pouco de Agamben. Não há a inclusão da zoé na bios. Ela tratou do totalitarismo no segundo pós-guerra e não viu qualquer perspectivada de introdução na biopolítica. Arendt, no “O totalitarismo”, escreveu um projeto de pesquisa sobre os campos de concentração, mas permaneceu sem seguimento, o objetivo era a dominação total dos homens. É factual ser o campo do totalitarismo uma vida nua e não política, eram cidadãos apenas viventes, desprovidos de direitos e procuravam através desse ideal o reconhecimento dessa política totalitária. Esse pensamento mudou quando ela se refugiou e começou enxergar o

totalitarismo sobre uma nova ótica, e, com isso, percebeu a importância da sua introdução na vida política, onde os povos desprovidos de direitos deveriam lutar pela igualdade de esferas.

Vale ressaltar que o totalitarismo difere do despotismo, tirania e ditadura, a política totalitária adota receitas ideológicas. No que tange o capítulo 4 do livro, Totalitarismo, vêm as seguintes explanações:

“Se a legalidade é a essência do governo não-tirano e a legalidade é a essência da tirania, então o terror é a essência do domínio totalitário.” Esse instituto não aceita adversários e por meio da violência, exterminam todos que causam ameaça para o seu governo.

No que concerne a questão dos refugiados tratado por Hannad, onde eram desnaturalizados e colocados em campos de extermínio caso não fossem dignos de serem cidadãos, retoma o pensamento supracitado. Se faz mister explanar que o teor de toda essa abordagem de Arendt se resume, não em desumanidade, terror ou tortura, mas na falta de liberdade, igualdade, tolerância e respeito que permeia a modernidade e consecutivamente a falta de direitos.

Para finalizar, segue um trecho da Ideologia e Terror que retoma a explicação anterior:

Uma nova forma de governo. Mas permanece também a verdade de que todo fim na história constitui necessariamente um novo começo; esse começo é a promessa, a única mensagem que o fim pode produzir. O começo, antes do homem; politicamente, equivale à liberdade dos homens. *Initium ut esset homo creatus est* – (o homem foi criado para que houvesse um começo), disse Agostinho. Cada novo nascimento garante esse começo; ele é, na verdade, cada um de nós.

Esse trecho retrata o desejo do homem ao nascer se tornar verdadeiramente um cidadão de direitos e com plena liberdade e não apenas ter direitos e viver apenas com um ser vivente, como um nada no mundo, sem poder de críticas, de querer mudanças, lutar pelo ideal almejado e ter a sua igualdade garantida, esse é novo começo.

2 | ESTADO DE EXCEÇÃO A PARTIR DE UMA LEITURA DE GIORGIO AGAMBEN

O Estado de Necessidade é o Estado de Exceção e não pode ter forma legal, mas apresenta-se como tal. Pode ser considerado um ponto de desequilíbrio não amparado por lei, com por exemplo, a Guerra Civil, o Nazismo e a própria resistência.

Os conflitos internos também são considerados um Estado de Exceção por falta de lei, tem-se, desta forma, os protestos, as greves, a inexistência de uma norma reguladora gera este cenário e é onde o Estado entra em cena. Fica nítido uma terra de ninguém entre Direito Público, fato político e a ordem jurídica.

Como supracitado, levando em conta a premissa do “Estado nazista”, Agamben faz

uma breve menção:

No dia 28 de fevereiro, Hitler promulgou o Decreto para a proteção do povo e do Estado onde suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais, o Decreto nunca foi revogado e todo o Terceiro Reich pode ser considerado um Estado de Exceção que durou doze anos.

Fica claro que toda exceção é uma regra e precisa da população, revoluções, guerras e principalmente de resistência pois, participam de atos não amparados por lei. A greve dos policiais no Estado do Ceará, bem atual e no ano vigente de 2020, noticiada pelas redes de televisão, é inconstitucional, ou seja, não é permitida por lei, nem de forma constitucional e nem infralegal. Esses militares estão certos destas atitudes, onde estão totalmente desprotegidos e sem a tutela do Estado? Os mesmos querem um direito não amparado legalmente, para isso, precisa-se de resistência, mas também da liberdade que o Estado não propicia, no Brasil nunca perdura por muito tempo e na maioria das vezes prevalece o que o Estado estipula. No livro, Estado de Exceção de Giorgio Agamben, ele faz menção a duas analogias referentes ao direito de resistência: “na visão de Giuseppe Dossetti, prevaleceu a opinião de que era impossível regular juridicamente alguma coisa que, por sua natureza, escapa a esfera do direito positivo e o artigo foi rejeitado.” Por outro lado, a “Constituição da República Federal Alemã, figura um artigo (o art. 20) que legalizava, sem restrições, o direito de resistência, afirmando que – contra quem tentar abolir esta ordem – a Constituição democrática – todos os alemães têm o direito de resistência, se outros remédios não forem possíveis, nesse último caso, prevaleceu o direito de voz da população, onde o que não for amparado por lei, possivelmente será por meio das revoluções populacionais, brigando por direitos não amparados pelas normas. Será que no Brasil esta resistência perdura por muito tempo a ponto de uma greve, protestos e passeatas virarem Decretos ou até mesmo Lei? A falta de liberdade citada anteriormente e não resistência, não permitem esta procedência e dependendo da questão, pode-se falar em até falta de igualdade quando relacionado a classe menos favorecida, uma verdadeira exceção.

Partindo para outra premissa, no que tange ao Direito Ambiental, para se tornar eficaz a proteção, prevenção desse meio, o que foi preciso? Várias Guerras, Revoluções e Resistência. O Meio Ambiente é um assunto mundial, um dano causado em um país, pode gerar prejuízo em tantos outros, ou seja, nenhum Estado pode permitir o uso do seu território para receber lançamentos de emanações de outro, para isso, em 1941 surgiu o *Trail Smelter Case* entre o Canadá e o Estados Unidos, onde ficou decidida esta situação através de arbitragem. Tem-se também o surgimento da Convenção Quadro no ano de 94 estabelecendo o Princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, em seguida surgiu o Protocolo de Kyoto e desta forma e com outros ganhos posteriores, o meio ambiente que era exceção foi virando regra através de Declarações, Convenções e Tratados. Por que não fazer como a República de Weimar, como cita Agamben em seu livro, Estado

de Exceção, onde estas medidas temporárias desempenhou um papel certamente mais determinante do que na Itália, onde o instituto não era previsto explicitamente, ou na França, que o regulamentava por meio de uma lei e que, porém, recorreu amiúde e maciçamente ao état de siège e à legislação por Decreto, isso quando a segurança pública e a ordem (die öffentliche Sicherheit um Ordnung) estivessem ameaçadas. Para tanto, como sistema de governo, uma democracia representativa e semi presidencial, onde existam as exceções, mas não se sobreponham as normas, tudo de forma democrática e dando direito a voz a quem se encontra na exceção, uma ligação entre povo e governo.

Fazendo uma retrospectiva ao mencionado anteriormente, é de suma importância enfatizar que a greve dos policiais é um estado de exceção pois, eles não têm tutela nenhuma do Estado, pode ser enquadrada também como um grande campo de concentração feito de forma pensada e democrática, vivendo uma vida nua, onde tentam impor a sua lei, mas essa lei não existe por inexistência de amparo legal na Constituição, é uma lei sem lei. Por lado, também vivem um verdadeiro estado de exceção, os moradores de ruas, os refugiados e até mesmo os Estados que passaram por desastres ambientais, como por exemplo, Brumadinho.

Várias exceções foram supramencionadas, tanto da antiguidade, assim como, em dias atuais. Do ponto de vista humanitário, no passado as exceções geravam guerras, conflitos internos, mortes e entre outros pois, eram feitas sem pensar, a humanidade não era preservada, o egoísmo prevalecia, e não, o bem-estar social, eram feitas de forma irracional, ou seja, sem pensar. Vale ressaltar que as menções anteriores ao passado foram apenas para mostrar o poder de resistência daquele povo na luta por um ideal, mas é óbvio que não serve de “espelho”.

Levando em consideração o Brasil em tempos atuais, percebe-se a não existência dessa resistência acirrada, a luta por um ideal dura muito pouco por falta de liberdade, ela não é absoluta, é posta na Constituição brasileira e é um dos seus direitos fundamentais, trazido em seu art. 5º, caput

É de suma importância citar a pandemia da COVID-19 em que o Mundo está sendo acometido e em específico, o Brasil. O estado de necessidade está comprovado e, em ação, estão entrando as autoridades com intervenções consideradas exceções as regras normativas e algumas sendo transformadas em Decretos. A tal pandemia do coronavírus virou uma crise social, onde está trazendo prejuízo não só para a saúde, mas para o comércio e entre outras áreas, especialidades. O direito à liberdade foi proibido de forma racional e pensada, tudo para preservar a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Lei Maior do ordenamento Brasil. Um exemplo claro e imposto pelo governo brasileiro: a proibição dos voos internacionais, a população se manter em casa, escolas, faculdades públicas e privadas fechadas, audiências e eventos suspensos, um total estado de calamidade social, afetando a todos de forma geral e sem escolher classes, como sociais (nível social), homoafetivas, de raça, cor, idade, religião, e assim por diante.

É nesse sentido que a Constituição traz em um dos seus objetivos fundamentais, o art. 3º, in verbis: “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Com essa linha de pensamento, percebe-se o próprio estado de exceção sendo concretizado em sua materialidade não pela população, mas pelo Governo pois, até eles estão sendo acometidos, estão vivendo o drama real em sua forma material, ou seja, também estão sendo prova viva da situação crítica do país, onde está ganhando respaldo como esse cenário, a prevalência dos direitos humanos, a igualdade, todos estão tendo os mesmos tratamentos, independente de recorrerem a hospitais públicos ou particulares. A prevenção está sendo aplicada através do estado exceção, das diversas proibições estipuladas, gerando até multa em certos casos o não cumprimento. Caso a situação não seja controlada, tanto os hospitais públicos, assim como, os particulares, não vão suportar a demanda, por isso ser melhor a prevenção abdicando de certos direitos trazidos por lei, do que a reparação, essa sim, caso aconteça, será crucial, o fim, a arruinação das vidas.

Como se tem uma “Lei Maior” para o controle populacional, para que não haja algazarras, e o contexto crítico é mundial, pode-se recorrer a exceção através do objetivo fundamental específico que é a solidariedade, nas suas relações internacionais, a defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O quadro é geral, os governantes estão vivendo de forma real e não virtual, por isso, estão agindo muitas vezes por exceção, onde na verdade, o povo é que age nesse sentido, na busca por direitos pois, são vistos na maioria das vezes de forma virtual, e no contexto atual a prevalência é do bem comum, para todos, princípio da igualdade de direitos aplicado de forma razoável.

Agamben também cita em paradoxo formulado por Schmitt, onde se encaixa no pensar:

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, por tanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei.

Esse contexto explica o desencantamento de Schmitt com a realidade e afirma que o fato só é concretizado quando virá norma, antes não pode ser definido como fato por já ser uma exceção, e a exceção é tudo que está fora, e fora do ordenamento, apenas pertence quem não tem direito, e se não tem direito, não se tem fato para exprimir e normatizar.

Partindo para outra premissa, exemplo, a população carente, os moradores de rua, os negros, a classe homoafetiva, citando também, a liberdade religiosa que está sendo impactada na contemporaneidade ainda forma expressiva. Todos esses gêneros supracitados se encaixam no pertencer a uma sociedade sem ser inclusivo, ou seja, nasce

e vive sem ser incluído, mas que pode vir a ser incluído através da exceção. “Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído.” (Agamben, 2007, p.32). Os moradores de rua citados anteriormente, é um exemplo nítido, apenas nascem e vivem, não têm direitos pois, vivem uma exclusão e não sabem lutar por seus direitos por falta de informação, subsistem de forma indigna, a tendência é a crescente taxa de natalidade desse tipo de classe, acham normal a vida vivida de forma precária, a culpa será do governo ou da geração que vai se proliferando no tempo? O que fazer para tornar essa massa inclusiva? Existem políticas inclusivas para essa questão? É certo que a CF/88, em seu art. 5º, inciso III, expressa que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, mas essa frase mencionada é formal, a sua aplicabilidade deixa a desejar em alguns campos, essa população de rua não vive de forma digna, onde fere de forma concreta a dignidade da pessoa humana. Esse conjunto de pessoas excluídas vive o que Badiou define de: “excrescência, um termo que está representado, mas não apresentado, (que está, assim, incluído em uma situação sem pertencer a ela), singular um termo que está apresentado, mas não representado.” (Agamben, 2007, p.31). Pode-se definir como uma vida nua, sem rumo e sem direcionamento. Atualmente, o prefeito Geraldo Júlio¹ colocou em ação um projeto para moradores de ruas, terão onde dormirem e onde realizarem a higienização. Pensando como Bondin, ele faz uma contraposição ao menu people, afirma que: “a sabedoria aconselha excluir o poder político.” Essa propriedade irá atender a função social relativamente e as necessidades fisiológicas e de segurança dessas pessoas também de forma parcial, atitude excelente do prefeito, mas o que essa população precisa para fazer parte da sociedade, desse todo que faz parte sem estar incluso, é a educação, onde vem expresso na CF, em seu art. 5º.

Esse mesmo Diploma traz consigo o art. 6º, onde menciona o trabalho e a assistência aos desamparados.

Diante do supramencionada, ficam claras as melhorias formas desse mínimo fazer parte de todo o conjunto de forma igualitária e com o respaldo constitucional, formas inclusivas e não paliativas, dar prevalência a informação, tornar essas pessoas capazes de viverem de forma isonômica e não apenas sobreviver como um nada pertencente a um Estado e onde nunca será seu, vivendo, dessa forma, sempre na exclusão, na desigualdade social, submissa ao ditames estatais e sem liberdade de expressão por não saberem lutar por seus direitos. Dessa forma, nunca saberão da existência do Princípio da Igualdade, da

1 No dia 24/12/2019 foi inaugurado um Abrigo Noturno Irmã Dulce para população em situação de rua do Recife, fica no bairro de São José, área central do Recife.

Prefeito do Recife em seu segundo mandato, Geraldo Júlio é administrador formado pela Universidade de Pernambuco, com especialização em gestão pública pela mesma instituição. Ingressou no serviço público como concursado do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em 1992. Trabalhou nos governos de Miguel Arraes e Eduardo Campos. Foi o responsável pela implantação do Hospital da Mulher do Recife - o primeiro hospital construído pela Prefeitura do Recife -, dos Centros Comunitários da Paz (Compaz), do programa Robótica nas Escolas e do Hospital Veterinário do Recife. Disputou eleição pela primeira vez em 2012, tendo sido eleito prefeito do Recife no primeiro turno. Em 2016 foi reeleito com a maior votação da história do Recife. (Prefeitura da Cidade do Recife).

Liberdade, que o Brasil é uma democracia, ensejando o direito voz. Falta o olhar humano, neste sentido, para essa classe e para as outras supracitadas, acarretando a prevalência dos direitos humanos, muito em alta em tempos atuais, mas não em sua totalidade pois, no Brasil, nada é absoluto e sim relativo, até quando? Não se pode mensurar.

Com isso, fica nítido que, difícil é quem vive a realidade, fácil é para quem enxerga de forma virtual. O governo enxerga uma situação como se estivesse por trás de um computador, mas não a vive de forma material. Por tanto, a população pobre, assalariada ou que ganha até dois salários mínimos, normalmente esse grupo é quem luta pelas omissões das leis, assim como, a classe homoafetiva, população negra, refugiados e entre outros. Essas classes vivem uma verdadeira inclusão exclusiva, a lei põe um direito e ao mesmo tempo tira.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto nos capítulos anteriores, percebe-se que a necessidade tem virado fundamento em decorrência dos acontecimentos atuais, estado de necessidade se transformando em estado de lei. A modernidade está conseguindo tirar essa intercessão que há entre direito público e política, onde a exceção se encontra neste interstício, estes dois conjuntos estão se unindo e formando apenas um, onde todos os elementos encontram-se dentro de forma igualitária. Dessa forma, o estado de exceção se tornará a própria lei, a exceção se tornará justiça. Os movimentos totalitaristas que é um estado de exceção, voltando-se ao passado, como: guerra civil, a insurreição, a resistência. No decorrer do século XX aconteceu uma guerra civil legal, uma espécie de totalitarismo moderno, guerra essa sangrenta onde vários adversários políticos foram eliminados, assim como, cidadãos contrários aos ditames. A partir de vários desses contextos de estados de necessidades acontecidos na antiguidade e anterior a CF/88 e vem se tornando atualmente estado de emergência com a participação democrática, mas não de forma irracional como no passado.

Vale ressaltar que em tempos modernos esse estado de exceção não é um direito de guerra, é um vazio, uma falta de direito suportada por um caos, esse caos surge pela falta de lei, onde há também exclusão, mas a exceção jamais suspenderá a norma ou se colocará acima. De forma racional e pensada, a exclusão só procura a inclusão com o desejo de que vire regra e talvez até lei em seu sentido formal e tenha a sua aplicabilidade no seu sentido material, a intenção não é se sobrepor, mas se igualar, a procura é pela uniformidade das regras.

O Brasil vive um estado de calamidade pública, onde teve que agir muitas vezes por exceção nessa crise pandêmica em que o país se encontra. Várias atitudes impostas pelo governo foram feitas de formas excepcionais, percebe-se, nesse sentido, as autoridades fazendo da exceção a regras, regras essas com força de lei sem ser lei, tudo para a proteção

de um ideal que é a vida, também um direito fundamental que vem de forma expressa no art. 5º da CF. Não existe normalidade sem exceção, nem exceção sem normalidade, uma complementa a outra, mas o patamar da uniformização entre ambas traz a indiferença. É neste aspecto que o estado de exceção se faz necessário, o seu espaço, mesmo não sendo legal se faz necessário pois, o que caracteriza o excluído é a exceção, para tanto, ela não precede e nem suspende a ordem, mas é na verdade o que foi colocado pra fora mesmo estando dentro.

No que concerne a Schmitt, Agamben se volta muito para ele em seu Livro Estado de exceção, e Schmitt diferencia anarquia e caos do estado de exceção, afirma ter sentido jurídico e ordem mesmo não sendo uma ordem jurídica e na verdade ele deseja fazer um paralelo entre essas duas esferas, estado de exceção e ordem jurídica. Nesse contexto, se a suspensão da Constituição quanto a aplicabilidade for permitida sem deixar de vigorar, fica evidenciado a exceção concreta. O Brasil está passando por isso, onde o direito de ir e vir foram suspensos, mas não que a constituição vá deixar de vigorar, presos tendo prisões relaxadas de forma temporária por se enquadrar no quadro de risco, fechamento do comércio, e a liberdade? Tudo é constitucional e estão sendo retirados, aplicados de forma concreta através da exceção, mas não que o nosso ordenamento vá deixar de vigorar, mas o estado de calamidade pública em que o país se encontra enseja muitas vezes medidas restritivas muitas vezes em detrimento à CF, é o agir por exceção, onde a norma é anulada de forma provisória, com isso, percebe-se o entrelaçamento do estado de exceção entre a norma e a decisão.

Dessa forma, fica demonstrada duas vertentes, a primeira no que diz respeito ao Estado, o agir com extrema emergência, muitas vezes utilizando a exceção e a transformando em regra, tudo para garantir o bem comum. O estado de extrema urgência e necessidade se faz presente e entra em cena como um instituto do direito através da exceção, deixando o direito de lado para que seja aplicada a exceção, ou seja, direitos concedidos pelo ordenamento, mas retirados ou restringidos de forma temporária para a prevenção de toda a população brasileira, um exemplo nítido, que é fato está acontecendo não só no Brasil, mas no Mundo, a proteção à vida, onde se fez presente devido a pandemia do CODID-19. Com isso, o estado de exceção afasta a norma para tornar possível a sua aplicação. Caso essas exceções venham trazer benefícios para a população, muitas delas poderiam virar regras permanentes. No livro, *O estado de exceção*, Giorgio Agamben, a primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente. No dia 02 de agosto de 1914, o presidente Poincaré emitiu um decreto que colocava o país inteiro em estado de sítio e que, dois dias depois, foi transformado em lei pelo Parlamento. O estado de sítio teve vigência até 12 de outubro.

A segunda vertente abrange os excluídos de forma geral, considerados apenas seres viventes, onde pertencem sem pertencer, nascem e fazem parte de um todo ao qual não pertencem. São considerados cidadãos de direitos, mas não vivem esse direito e

precisam ser incluídos através da exclusão, vivem muitas vezes uma vida indigna e uma verdadeira matabilidade, uma vida nua onde tem direito sem ter, agem por exceção sem nenhuma proteção estatal, é uma agir na busca por direitos para o preenchimento de um vazio jurídico. O estado de exceção aqui não se relaciona com a violência imposta na antiguidade, exemplo, ditadura. Agabem cita em seu livro, Estado de Exceção, o caso do Estado Nazista:

Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais, o decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto vista jurídico, com um estado de exceção que durou doze anos. Um totalitarismo com a eliminação física dos adversários políticos e cidadãos que não o seguissem.

Para tanto, essa ordem supracitada é ultrapassada, as lacunas do direito devem sim ser preenchidas, mas não de modo antidemocrático, a proteção da democracia é primordial e é regra.

A proposta é fazer com que os seres humanos deixem de ser apenas seres viventes e submissos aos ditames do Estado, para Agamben, o ideal é acabar com essa máquina biopolítica por ela ser a impulsionadora da vida nua, com isso a satisfação das necessidades se torna imprescindível. Do ponto de vista lógico, a imersão da exclusão na política de forma material é o primeiro passo para a igualdade social, a formação de um único conjunto onde todos são vistos de forma horizontal, onde essa igualdade e essa liberdade trará críticas relevantes, mudança de cenário para o caos existente através das criatividades, mudanças tanto no âmbito cultural, educacional, social, jurídico e político. O intuito é a obtenção de um governo mais presente e uma população mais participativa, ouvida, com direito voz e bem informada da situação do país em todos os níveis e a prevalência da transparência.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O Poder Soberano e a Vida Nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CAPÍTULO 3

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO INFRATOR EM SENTENÇAS PENais ABSOLUTÓRIAS

Data de aceite: 02/08/2021

Francisco Davi Nascimento Oliveira

OAB – Piauí

Piripiri – Piauí

<http://lattes.cnpq.br/8524795435191959>

Flávia Maria Rocha Melo

Instituto Federal do Piauí – IFPI Campus Piripiri

Piripiri - Piauí

<http://lattes.cnpq.br/6850710087377405>

José Francisco da Silva Júnior

Cristo Faculdade do Piauí - CHRISFAPI

Piripiri - Piauí

<http://lattes.cnpq.br/6475553097070309>

Larah Roberta Campos Cansanção

Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI

Piripiri - Piauí

<http://lattes.cnpq.br/6642657900452068>

Dayane Reis Barros de Araújo Lima

OAB – Piauí

Piripiri – Piauí

<http://lattes.cnpq.br/5767880298193942>

Romézio Alves Carvalho da Silva

Instituto Federal do Piauí – IFPI Campus Piripiri

Piripiri - Piauí

<http://lattes.cnpq.br/8320793836224678>

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 assegura um arcabouço concreto de garantias fundamentais, como o direito à liberdade, vida, igualdade, saúde, educação, informação e a paz. A teoria da coculpabilidade do Estado Infrator tem

como nascedouro os direitos acima alinhados, demonstrando que diante da prática de um crime, o Estado carrega uma parcela da culpa imputada ao acusado, vez que não fora exitoso em proporcionar à todos os direitos consagrados na Constituição, contexto este capaz de gerar um descompasso social responsável por impulsionar uma pessoa a delinquir. O objetivo principal desta pesquisa consiste em demonstrar a possibilidade de aplicação da aludida teoria em sentenças penais absolutórias. Os objetivos secundários dedicam-se em estabelecer o conceito e a evolução histórica da teoria em estudo, para a conexão desta à causa supra legal de exclusão de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e por fim, para a análise de uma sentença penal absolutória prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1^a Região, que adotou tal teoria como um vetor. A metodologia consiste em pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, que fornecerá o suporte teórico e prático necessário para realizar a análise em questão. A doutrina utilizada fora ZAFFARONI (2013), FOUCAULT (2007) e MARAT (2008), dentre outros. Conclui-se que tal teoria busca tornar o processo penal mais equânime, demonstrando que o judiciário, diante de uma processo de natureza penal, deve atentar para os fatores econômicos e sociais característicos da vivência do réu.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade. Estado. Desigualdade. Sentença.

THE APPLICATION OF THE THEORY OF COCULPABILITY OF THE INFRINGING STATE IN ABSOLUTORY CRIMINAL SENTENCES

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution ensures a concrete framework of fundamental guarantees, such as the right to freedom, life, equality, health, education, information and peace. The Infringing State's theory of co-culpability is based on the rights outlined above, demonstrating that in the face of a crime, the State bears a portion of the blame imputed to the accused, since it was not successful in providing all the rights enshrined in the Constitution this context capable of generating a social mismatch responsible for impelling a person to delinquent. The main objective of this research is to demonstrate the possibility of applying the aforementioned theory in absolute criminal sentences. The secondary objectives are dedicated to establishing the concept and the historical evolution of the theory under study, for its connection to the supreme legal cause of exclusion of guilt, unenforceability of different conduct and, finally, for the analysis of an absolute criminal sentence issued by the Federal Regional Court of the 1st Region, which adopted this theory as a vector. The methodology consists of qualitative bibliographic research, which will provide the theoretical and practical support necessary to carry out the analysis in question. The doctrine used outside ZAFFARONI (2013), FOUCAULT (2007) and MARAT (2008), among others. It is concluded that this theory seeks to make the criminal process more equitable, demonstrating that the judiciary, in face of a criminal process, must pay attention to the economic and social factors characteristic of the defendant's experience.

KEYWORDS: Culpability. State. Inequality. Sentence.

1 | INTRODUÇÃO

A Teoria da Culpabilidade possui um forte elo com o Estado Liberal, estabelecendo diretrizes próximas aos ideias iluministas. Como se denota da própria nomenclatura, culpabilidade, nasce de uma divisão da responsabilidade imputada ao réu ou condenado. A aludida teoria visa um julgamento mais igualitário, baseado em fatores que vão além dos dispositivos legais e tocam os aspectos econômicos e sociais comuns da vida do acusado.

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu escopo normativo diversas garantias fundamentais, classificadas em direitos que estão compreendidos da primeira à quinta geração ou dimensão, a saber direito à liberdade, vida, igualdade, saúde, educação, previdência, informação e a paz. O preâmbulo da CF/1988 consagra o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira. Nesse contexto, nascem as mais diversas ramificações do Direito, em especial o Direito Constitucional, o Direito Penal e Processual Penal pátrio, consagrando princípios como o do devido processo legal, da presunção de inocência, da vedação às provas ilícitas, isonomia e non bis in idem (art. 5º, LIV, LVI e LVII da CF/1988).

A teoria da culpabilidade do Estado Infrator nasce dos direitos acima mencionados, deixando claro que, diante de um crime, o Estado possui parte da culpa imputada ao acusado/

réu/condenado, vez que não fora eficiente em assegurar todos os direitos consagrados na Constituição, provocando um descompasso social capaz de levar uma pessoa a delinquir. Ademais, tal teoria possui forte interação com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que ao lado das circunstâncias do delito, das consequências da infração e do comportamento do acusado, consubstanciam-se como elementos condutores de sentenças penais.

A teoria em questão possui forte elo com a legislação internacional, Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, transbordando diversas possibilidades de aplicação no Processo Penal. O objetivo primário do presente trabalho consiste em demonstrar a possibilidade de aplicação da aludida teoria em sentenças penais absolutórias. Os objetivos secundários voltam-se para estabelecer o conceito e a historicidade que norteiam a teoria da cculpabilidade do Estado Infrator, estabelecer um paralelo entre a teoria acima mencionada e a causa supra legal de exclusão de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e por fim realizar a análise de uma sentença penal absolutória prolatada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1 que adotou a citada teoria como uma de suas fundamentações.

Assim, a presente pesquisa reflete o caráter humanitário do Direito Penal e do Processual Penal, colocando o acusado em uma realidade fática subjetiva, conduzida por fatores sociais como a pobreza, a desigualdade, a falha na prestação de saúde, segurança e educação de qualidade, demonstrando assim a parcela de culpa do Estado, enquanto ente responsável pela manutenção da ordem e do bem estar social.

2 I CONCEITO E HISTORICIDADE DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO

Desde o início da humanidade, época em que se formavam as primeiras civilizações e grupos sociais, já existiam regras comportamentais que orientavam e determinavam o comportamento dos indivíduos. Em contrapartida, é certo que sempre existiram conflitos decorrentes do descumprimento destas regras, o que gerava uma consequência na forma de sanção.

Partindo desta perspectiva, o Estado assumiu o ônus de criar, administrar e reunir todas as normas jurídicas garantidoras, permissivas e proibitivas dentro da sociedade, a fim de preservar vidas e garantir a existência dos diversos grupos sociais.

Sobre o mencionado, cita-se Beccaria (1764, p. 9 - 10):

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. [...] Eram necessários meios sensíveis e

bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Ao contrariar normas juridicamente estabelecidas, o indivíduo carrega o ônus de cumprir determinada sanção, que é variável e possui como condicionantes o tipo penal e as características subjetivas do autor. Nesta esteira, pode-se dizer que para determinados atos ilícitos, o indivíduo pode sofrer sanções de natureza cível, restando a aplicação de sanções penais somente para os casos previstos em Lei, sendo esta a *última ratio*.

Assim, ao assumir o compromisso de organização social, a proposta do Estado também englobou o dever de garantir os direitos de cada cidadão, de forma que cada um possa gozar de uma vida minimamente digna, conforme é disciplinado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, máxima que norteou o surgimento do atual conceito do Direito Social. No entanto, é cediço que o Estado não logrou êxito com a tarefa de garantir uma igualdade social plena, uma vez que hodiernamente vários indivíduos ficam à mercê de um sistema iníquo que põe em risco a integridade física e moral de muitos cidadãos.

Neste contexto, muito se discute sobre a aplicabilidade da Teoria da Culpabilidade do Estado, uma tese doutrinária que sustenta o entendimento de que o Estado é parcialmente culpado pela delinquência de determinados indivíduos, que sempre ocuparam posições sociais de exclusão. O prefixo “co” presente na nomenclatura da teoria em estudo deve ser entendido como “estar junto”, assim como ocorre nos conceitos de coautoria e concurso de pessoas. Logo, antes de praticar determinado crime, o indivíduo marcado pela omissão Estatal também, em outro momento, foi vítima da sociedade (PINTO, 2009).

Quanto à origem da tese da Culpabilidade do Estado infrator, observa-se que a doutrina não sabe precisar o período histórico exato das suas primeiras manifestações. Ainda com base nos autores Zaffaroni e Pierangeli, a teoria em exame teve suas primeiras articulações feitas pelo médico revolucionário Jean- Paul Marat, que teve forte destaque durante o grande movimento social gerado pela Revolução Francesa, em 1789. Ademais, a Teoria da Culpabilidade do Estado possui um forte elo com o Estado Liberal, estabelecendo diretrizes próximas aos ideias iluministas.

A exclusão da culpabilidade do Estado somente seria aceitável se a sociedade fosse conduzida por um sistema plenamente equitativo, isonomia formal e material. Marat (2008, p. 29): “somente depois de havido cumprido todas as suas obrigações para com os seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam as leis”.

O Código Penal vigente estabelece em seu artigo 66 um rol de situações legalmente capazes de atenuar a pena de um crime. Todavia, nada faz menção à teoria de culpabilidade Estatal. Portanto, observa-se que embora seja um tema bastante discutido pelos direitos humanos, sociologia, antropologia e entre outras áreas, o ordenamento jurídico de forma tímida já associou a aludida teoria a excludentes suprategais de culpabilidade, como é o caso da inexigibilidade de conduta diversa.

3 I A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO INFRATOR E A CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Como já observado, a Teoria da Coculpabilidade do Estado Infrator poderá ser utilizada como tese de defesa em processos penais. Assim, a teoria em questão ganha considerável força quando aliada a uma excludente de culpabilidade, chamada Inexigibilidade de Conduta Diversa. A ligação entre ambas se torna clara quando observado o contexto da sociedade brasileira atual, consubstanciada na falha do Estado em não garantir os direitos mais básicos assegurados pela CF/1988.

A inexigibilidade de conduta diversa, embora não prevista na legislação pátria, é uma causa supralegal de excludente da culpabilidade, que pode ser aplicada quando confrontada com os elementos econômicos e sociais característicos da vida do réu, utilizando como fundamento os Princípios Gerais do Direito.

Quando o Estado, na qualidade de garantir máximo da ordem social, falha na prestação de saúde e educação de qualidade, segurança pública e oportunidade de emprego com salário digno, nasce para os indivíduos que compõem essa sociedade, a possibilidade de cometer um ato ilícito. É importante destacar que a desigualdade social impulsiona o surgimento de outros problemas sociais, instalando-se assim, uma crise social extensa. A fim de elucidar o supracitado pensamento, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 547), afirmam que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em consequência há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecregará-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade” com a qual a sociedade deve arcar.

Havendo a ligação entre a Teoria e a Excludente citadas, propõe-se, audaciosamente, que a coculpabilidade do Estado infrator seja positivada como uma causa excludente de culpabilidade. Ora, se há, por parte do Estado, inclusive expresso na própria Carta Magna, uma obrigação em fornecer a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, o direito, dentre outros, à vida, igualdade, saúde e educação, nada mais justo do que atribuir conjuntamente a culpa ao Estado que negligenciou os direitos prometidos. Rodrigues (2010, p.206), explica de maneira simples e objetiva a aplicação da aludida teoria na prática social da seguinte forma:

Não restam dúvidas de que as atuais condições de vida em sociedade, permeadas pela fome, miséria, pobreza, pelo analfabetismo e pela mortalidade, demonstram que a aceitação das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, ligadas ao elemento exigibilidade de conduta diversa, é uma pungente necessidade, por isso a instrumentalização e aplicação da Teoria da Coculpabilidade do Estado urge e se faz mister numa dogmática penal moderna.

Ademais, a Constituição Federal obriga o Estado a prover oportunidades para que as pessoas desta nação tenham uma vida digna, sendo necessário para isso: educação de qualidade, saúde para todos e condições sociais indispensáveis para a sobrevivência.

Assim, estando presente tais elementos, configurado está o estado de normalidade. Entretanto, havendo falhas, fala-se em situação de anormalidade ou de descompasso social. Sendo assim, em um país tão desigual econômico e socialmente, devem ser aplicadas normas penais diversas, a fim de assegurar a tão sonhada igualdade que se encontra estampada na Constituição de 1988.

4 I A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO INFRATOR E SUA APLICAÇÃO EM SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS

Como mencionado, a Teoria da Culpabilidade defende que o Estado é parcialmente culpado pela delinquência de determinados indivíduos, que sempre ocuparam posições sociais de exclusão. O prefixo “co” presente na nomenclatura da teoria em estudo deve ser entendido como “estar junto”, assim como ocorre nos conceitos de coautoria e concurso de pessoas.

Assim, é possível aplicar tal teoria na prática. O judiciário brasileiro utiliza de forma tímida a teoria da culpabilidade do Estado. Ademais, cita-se a seguinte decisão do Tribunal regional Federal da Primeira Região – TRF1:

PROCESSUAL PENAL E PENAL – ESTELIONATO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - RECURSO IMPROVIDO.
I - O percepimento de valores referentes ao benefício assistencial do filho da recorrida, de forma indevida, após seu óbito, para custear despesas do falecido, especialmente com o funeral, consubstancia-se causa supralegal de excludente da culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Trata-se, na verdade, de pessoa humilde, doméstica, desempregada, de pouca instrução. Precedente da Quarta Turma deste Tribunal, em situação análoga. II - Como bem ressaltou a PRR/1^a Região, o fato da denunciada “ter ligado para atendimento telefônico da Previdência, para se informar sobre a possibilidade de continuar recebendo o benefício, momento esse que foi informada da irregularidade e logo em seguida tomou a iniciativa de comunicar, pessoalmente, o óbito de beneficiário ao INSS e assumido o compromisso de restituir os valores, indevidamente, recebidos, demonstra, efetivamente, a boa-fé da recorrida”. III - Recurso improvido (RSE 0006553-91.2007.4.01.3900, JUIZ FEDERAL REYNALDO SOARES DA FONSECA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 17/04/2009, PAG 328).

Como se pode observar, a decisão menciona que a denúncia feita pelo Ministério Público Federal fora rejeitada, uma vez que as circunstâncias do delito, estelionato, as consequências da infração e o comportamento do acusado, aliado às condições econômicas e sociais do réu implicaram para tal fato. O Juiz Federal Relator assim se posicionou no seu voto:

"Pelo que se observa da qualificação levada a efeito pela autoridade policial, trata-se de pessoa humilde, doméstica, desempregada há 03 anos, de parca instrução (ensino fundamental incompleto), que não teve acesso a ensino público de qualidade, nem oportunidades de trabalho. De todas as desventuras que a vida lhe reservou, pobreza, falta de instrução, desemprego, ser mãe de um portador de deficiência, falecimento do filho, perda da única renda familiar com a cessação do benefício, só lhe faltava ser processada criminalmente, por ter claudicado uma única vez. Paradoxalmente, o mesmo Estado que sempre foi omisso em lhe proporcionar condições dignas de saúde, educação, segurança e políticas públicas essenciais, mobiliza todo seu aparato repressor em intensidade desproporcional ao dano causado. Afinal, não se trata de fraudador contumaz da previdência, intermediário, despachante, aliciador de beneficiários ou coisa que o valha, mas de pessoa comum do povo que, por desinformação e ignorância, lançou mão de valores creditados indevidamente pelo INSS, acreditando ser legítima a sua conduta. Faltava-lhe, portanto, potencial consciência da ilicitude. Nesse contexto, milita em favor da denunciada, a demonstrar sua boa-fé, o fato de ter ligado para atendimento telefônico da Previdência para se informar sobre a possibilidade de continuar recebendo o benefício. Ao ser alertada sobre a irregularidade, tomou a iniciativa de comunicar, pessoalmente, o óbito do beneficiário ao INSS e assumiu compromisso de restituir os valores, embora não o tenha feito por falta de dinheiro".

Todo o conteúdo da decisão converge com a Teoria abordada no presente trabalho, sendo evidente que o magistrado observou ao prolatar o acórdão, as circunstâncias econômicas e sociais que permeiam a vida do réu, além do conjunto de ações da recorrida que demonstraram boa fé. Como mencionado, a inexigibilidade de conduta diversa, embora não prevista na legislação pátria, é uma causa supralegal de excludente de culpabilidade, que pode ser aplicada quando confrontada com os elementos econômicos e sociais que personificam a realidade do acusado/réu.

Assim, todo indivíduo atua com base nas circunstâncias em que se encontra e nos limites do autoconhecimento e das oportunidades. Por esse motivo, aqueles que são alvos de desigualdades e das falhas no acesso às garantias sociais mais básicas, sofrem com tal descompasso, ficando à margem da sociedade (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013).

Assim, é importante pontuar que a falha na prestação de educação, alimentação e saúde de qualidade, trabalho e salário dignos, lazer, moradia e políticas públicas inclusivas, são fatores relevantes capazes de limitar o campo de conhecimento e atuação de um indivíduo. Desse modo, o Poder Judiciário deve encontrar meios de adequar as penas previstas em Lei à realidade do acusado/réu, a fim de evitar o colapso total do sistema penal brasileiro, que sofre com diversos problemas, como é o caso da superlotação.

5 | METODOLOGIA

O tema foi escolhido por ser de suma importância para a sociedade contemporânea e por refletir o caráter humanitário do Direito Penal e do Processual Penal, buscando

demonstrar que o acusado muitas vezes encontra-se em uma realidade fática subjetiva, conduzida por fatores sociais como a pobreza, a desigualdade, a falha na prestação de saúde, segurança e educação de qualidade, demonstrando assim a parcela de culpa do Estado, enquanto ente responsável pela manutenção da ordem e do bem estar social.

A metodologia empregada foi de natureza bibliográfica de caráter qualitativo, utilizando-se de periódicos científicos que forneceram o suporte teórico e prático necessário para realizar a pesquisa em questão. A base de dados utilizada foi o Google Acadêmico, e a doutrina que norteou esta pesquisa foram ZAFFARONI (2013), RODRIGUES (2010), BECCARIA (1764), MARAT (2008) e FOUCAULT (2007).

Ademais, fora utilizada a página de pesquisa de Jurisprudências do Tribunal Regional Federal da 1^a região – TRF1, a saber: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>, como fonte de pesquisa para obter sentenças absolutórias que utilizaram a teoria da cculpabilidade em sua fundamentação.

Assim, o presente trabalho inova ao estabelecer um elo entre a Teoria da Cculpabilidade do Estado Infrator e a causa supra legal de exclusão de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa, delineando traços relevantes para configuração de causa excludente, refletida da boa fé e do contexto fático real que permeia a vida do acusado/reu.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa delineada neste trabalho reflete sobre o princípio da cculpabilidade, vez que estabelece um paralelo entre a teoria e a prática, externada na análise de sentenças penais absolutórias de processos julgados pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1, demonstrando ainda que o processo penal deve ser conduzido em consonância com as diretrizes e princípios Constitucionais.

Tal preceito teórico, cculpabilidade do Estado Infrator, busca tornar o processo Penal mais equânime e próximo do princípio da Dignidade da pessoa humana, enaltecendo o conjunto de direitos e garantias consolidados no Diploma Constitucional de 1988 e demonstrando que o judiciário não deve ignorar os fatores econômicos e sociais característicos da vivência do réu.

Sendo assim, a teoria em estudo não se aplica a todos os indivíduos, mas tão somente àqueles que, por falhas do Estado, não gozaram de uma vida minimamente digna, e assim, em tese, foram influenciados a delinquir.

Assim, a Teoria da cculpabilidade do Estado não objetiva colocar o Estado em uma posição processual de réu, mas sim de propor que o sistema judiciário penal esteja preparado e maduro o suficiente para reconhecer que as circunstâncias sociais que envolvem aquele indivíduo no momento do cometimento do crime, são relevantes para o seu julgamento, devendo o judiciário aplicar a sanção penal de uma forma justa e compatível.

Desse modo, conclui-se como sendo perfeitamente possível a aplicação da

excludente de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), nas sentenças penais absolutórias, quando relacionada à Teoria da cocalpabilidade do Estado infrator, pois diante de todas as evidências demonstradas na presente pesquisa, não é razoável que o acusado seja responsabilizado com todo o rigor formal da Lei, sem que pesem os aspectos sociais de sua vida.

Desse modo, revela-se justa a aplicação da aludida teoria no processo penal, vez que o judiciário deve aplicar a Lei em consonância com as demais fontes do Direito, a saber costumes, jurisprudências, analogia e princípios gerais do Direito.

AGRADECIMENTOS

Ao Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Piauí por apoiar e incentivar pesquisas científicas, ao Núcleo de Pesquisa em Ensino de Ciências e Matemática – NUPEC por tornar possível o desenvolvimento deste trabalho, ao professor Romézio Carvalho pela orientação e incentivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1^a Região). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Maria Sueli Souza Lima RSE 0006553-91.2007.4.01.3900, Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (Conv.), TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 17/04/2009, Pág. 328. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml;jsessionid=j3IKliifldX93_6WtiDjWqhS08Hx1oQ>ToRbTkORa.taturana03-hc01;juris_node02. Data de acesso: 10/11/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas (1764)**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Fonte Digital: www.jahr.org. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Trad. João Ibaixe Jr. e Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

PINTO, Simone Matos Rios. **O Princípio da Cocalpabilidade em uma Análise Garantista do Direito Penal**. Belo Horizonte, 2009.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Temas Controvértidos de Direito Penal**. Método: São Paulo. 2^a ed. 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 10^a. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013.

CAPÍTULO 4

SEGURANÇA PÚBLICA E REGULAÇÃO NA SEGURANÇA PRIVADA

Data de aceite: 02/08/2021

Eliseu Gonçalves

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Vale do Itajaí

Composto a partir de Modelo constante em PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 14 ed. rev. atual.e amp. Florianópolis : Emais,2018. p.169 a 173.

RESUMO: Este trabalho discute a Segurança Pública e Regulação da Segurança Privada em benefício da coletividade. A Segurança Pública é dever do Estado direito e responsabilidade de todos, nesse sentido é conduzido o artigo, que reconhece a importância da evolução da Sociedade que anseia um ambiente seguro desde os primórdios. As forças de Segurança Pública no Brasil são descritas pela Constituição Federal de 1988 e têm sido renovadas com o passar do tempo e necessidades hodiernas, novas instituições e novas missões. Não se trata de substituição de atribuições, mas de maior entrosamento de forças num mesmo vetor, o quantitativo de pessoal da Segurança Pública é similar ao da Segurança Privada, profissionais de ambas áreas que trabalham com um mesmo propósito, mas de maneira individualizada, cuja regulação dentro das necessidades atuais vale a pena ser analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública, Segurança Privada, regulação, Poder de Polícia.

ABSTRACT: Public security is the duty of the right state and the responsibility of all. In this sense, the article is conducted, which recognizes the importance of the evolution of the Society that has longed for a safe environment since the beginning. The Public Security forces in Brazil are described by the Federal Constitution of 1988 and have been renewed over time and with today's needs, new institutions and new missions. It is not a matter of replacing assignments, but of greater intermingling of forces in the same vector, the number of Public Security personnel is similar to that of Private Security, professionals from both areas who work with the same purpose, but in an individualized manner, whose regulation within the current needs it is worth analyzing.

KEYWORDS: Public Security, Private Security, Regulation, Police Power.

1 | INTRODUÇÃO

A Segurança Pública é tema de grande interesse da sociedade, deve ter seu grau de elevada de importância reconhecido para que fruam os demais direitos fundamentais, cujo risco de serem prejudicados paira sob as circunstâncias conjunturais, carece de soluções estruturais e regulatórias.

Não se resume apenas ao serviço policial composto pelos órgãos do sistema de Segurança Pública no Brasil, este tema que inclui trânsito, delinquência juvenil, dependência química, violência doméstica, orfandade, descaminho, contrabando, dentre tantas outras

questões, o Estado deve atuar com múltiplas soluções e alternativas de distintos órgãos.

O direito à Segurança é previsto constitucionalmente, está a par dos direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade e propriedade, o único a ser mencionado também como Direito Social. Colocar em pauta as soluções em prol da segurança é de suma importância, o Brasil tem se dedicado a regular serviços essenciais à população, não será diferente com a Segurança Pública, mantendo o monopólio do uso da força e o Poder de Polícia inerentes à Administração Pública, a estrutura já existente na iniciativa privada pode ser otimizada em benefício da coletividade, basta regulação específica.

A infeliz rotina de criminalidade, sensação de insegurança, violência urbana e rural, crimes contra a vida, integridade física, psíquica e patrimonial deveria ser a exceção numa nação civilizada, motivo pelo qual nos provoca a refletir alternativas em operacionalizar órgãos e a sociedade em ações úteis, preventivamente ou repressivamente.

2 I SEGURANÇA PÚBLICA

Na explicação de Jorge Miranda a Idade Média Europeia divide-se entre a fase das invasões e da reconstrução, numa passagem da insegurança geral à pequena segurança local.¹

A preocupação com segurança é histórica, tem registro já na Constituição de João Sem Terra em 1215 da Inglaterra, quando cita no artigo 42 a liberdade de locomoção das pessoas em “paz e segurança”².

A Segurança é direito imprescindível, transcende as gerações, faz parte da conquista humana, citado no artigo 1º da Declaração de Direitos do Estado de Virgínia³, também na Revolução Francesa pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “o artigo fundamental é o segundo, no qual são enunciados os seguintes direitos: à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência a opressão”⁴.

Bobbio reconhece e cita que a Segurança é definida no artigo 8º da Constituição Francesa de 1793 como “a proteção concedida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”⁵, colocando a Sociedade como responsável pela da Segurança.

Liberdade, Propriedade e Segurança são direitos primários, violados darão origem aos direitos secundários⁶, pois “os direitos da nova geração, como foram chamados [...]

1 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 14

2 MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980, p. 15.

3 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 61.

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004, p. 44.

5 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004, p. 44.

6 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004, p. 44

nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança.”⁷

Analisando a Segurança, Zygmunt Bauman afirma que a principal contradição da condição existencial que torna uma característica da vida é “a TENSÃO perpétua entre dois valores, segurança e liberdade, igualmente cobiçados e indispensáveis a uma vida feliz - mas, que pena, assustadoramente difíceis de conciliar e usufruir conjuntamente”⁸.

Zygmunt Bauman reflete que sentimos falta de uma comunidade segura, a maneira como o mundo nos estimula não condiz com a realidade, nossa insegurança tende a aumentar, afeta todos, “imersos que estamos num mundo fluido e imprevisível de desregulamentação, flexibilidade, competitividade e incerteza, mas cada um de nós sofre a ansiedade por conta própria, como problema privado”.⁹

Na explicação de Jorge Miranda, a garantia de Segurança interna e externa é uma das características gerais do Estado, cuja preservação torna-se um fim específico, o Estado promove a integração, direção e defesa da sociedade, a coercibilidade não é característica geral do Direito, mas da organização política estatal que deve manter o monopólio da força física na administração da justiça entre pessoas e grupos.¹⁰

Todos os homens em tese são naturalmente igualmente livres e independentes, o único modo pelo qual alguém se insere na sociedade civil é convivendo com outros homens a fim de conservarem, em segurança, paz e sossego, as suas vidas, liberdade e bens¹¹.

A Segurança é condição mínima para o desenvolvimento da personalidade humana¹², assume sentido geral de proteção, garantia e estabilidade, neste caso é gênero, a fim de garantir as demais necessidades, conforme ensina Sarlet:

[...] a utilização da expressão genérica de segurança faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir das mais conhecidas¹³.

Uma das primeiras funções do Estado desde sua origem é a Segurança, engloba as ações preventivas e repressivas. Como direito fundamental abarca a segurança individual e pública, exige das instituições públicas o esforço necessário para preservar e proteger a vida e liberdade dos indivíduos.

As condições dignas em prol do ser humano decorre de lutas históricas, a formação atual do Estado faz parte dessas conquistas que visa proteção e garantia eficaz dos Direitos

7 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 97

8 BAUMAN, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2009, p. 80.

9 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução Plínio Dentzien. Editora Jorge Zahar. Rio de Janeiro, 2003, p. 129.

10 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 6..

11 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 54.

12 CRETELLA JÚNIOR, J. **Policia militar e poder de polícia no direito brasileiro**. In: LAZZARINI, Álvaro et al. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 96.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito Fundamental a Segurança Jurídica – Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibições de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In: *Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª edição. Belo Horizonte/MG : Editora Fórum, 2005, p. 88.

Fundamentais.

Uma das prioridades do Estado Democrático no Brasil, é citada já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹⁴. O Direito à Segurança é elementar, um dos direitos fundamentais do artigo 5º, ladoado do direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade, único a ser repetido no artigo 6º, sendo também um direito social, assim como direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados¹⁵.

A Segurança Pública no Brasil é descrita na Constituição Federal onde trata da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, o artigo 144 expõe o como o Estado distribui seus órgãos e funções, originalmente tem-se a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Militares, Bombeiros Militares, possibilitando também a criação de Guardas Municipais.

No ano de 2014 inovou tratando da composição da segurança viária a ser realizada por órgãos federais, estaduais e municipais.

Recente emenda trouxe ao rol das forças de segurança as Polícias Penais a fim de prover a segurança nos estabelecimentos penais em âmbito federal, distrital ou estadual.¹⁶

O artigo 144 da Constituição Federal de 1988 deixa claro a função do Estado em prover Segurança Pública pelos órgãos descritos, mas em casos excepcionais pode ser exercido também pelas Forças Armadas através da previsão do artigo 3º do Decreto 3897 de 2001¹⁷, para garantia da lei e da ordem quando esgotada a previsão do art. 144 da CF, quando indisponíveis, inexistentes ou insuficientes para o desempenho da missão constitucional, ocasião que ocorre enrijecimento da política de combate à criminalidade com ações direcionadas.

A Segurança Pública apresenta traços diferentes dos demais serviços públicos prestados, Souza Neto ensina assim:

Pode-se argumentar que a segurança pública não pode ser definida como serviço público, mas como atividade de polícia administrativa, já que serviria à restrição da liberdade individual. O exercício do poder de polícia seria ‘função exclusiva de estado’. Contudo, a garantia da segurança pública exibe caráter tipicamente prestacional. O elemento dominante da noção é a atuação

14 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de set. 2020..

15 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de set. 2020.

16 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de set. 2020.

17 Art. 3 Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Consideram-se esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

BRASIL. **Decreto 3897 de 24 de agosto de 2001. Diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3897.htm> Acesso em 16 set. 2018.

positiva do Estado, no sentido de proteger a segurança, não a limitação da liberdade dos que atentam contra a segurança.¹⁸

Os bens jurídicos elencados pela Constituição são de responsabilidade dos órgãos de Segurança Pública, a ordem pública, incolumidade das pessoas e de patrimônio. Sob o ponto de vista da legalidade, o instituto da ordem pública permite tomada de ações sob o império da lei, estruturada com o viés de garantir que a liberdade e os direitos fundamentais sejam exercidos com tranquilidade e segurança.

3 I SEGURANÇA PRIVADA

A Segurança Privada tem finalidade de prover vigilância, segurança e a defesa do patrimônio ou segurança física de pessoas, regulada pela Lei nº 7102/83¹⁹, prevê a vedação de funcionamento de estabelecimento para esta finalidade sem o parecer favorável do Ministério da Justiça. Deve ser composta por pessoas preparadas, equipamentos que possibilite a identificação de assaltantes, artefatos que retarde a ação de criminosos, que permita a perseguição, identificação ou captura, exige a proteção dos Vigilantes por cabina blindada, dentre outras.

A referida lei prevê requisitos para a profissão de vigilante, dentre ser brasileiro, idade mínima de 21 anos, instrução equivalente à quarta série do 1º grau, aprovação em curso autorizado de formação de vigilante, aptidão física, mental e psicotécnico, não ter antecedentes criminais e quite com obrigações eleitorais e militares.²⁰

Percebe-se que o grau de escolaridade está bem defasado, a lei é do ano de 1983 e já se passaram quase quatro décadas sem atualização, exigia-se o que seria o ensino fundamental inicial atual, que vai até o 5º ano, a legislação reflete a realidade da época, menos instituições de ensino e menos pessoas com níveis educacionais elevados.

O aparato da criminalidade e violência se desenvolveu, a tecnologia e armamento disponíveis para a segurança pessoal e patrimonial também, a legislação deve ser atualizada também visando o contingente humano, ultrapassando a simples menção de aprovação em curso em estabelecimento autorizado. A formação exige conhecimento em direitos fundamentais, sociabilidade, interação com o público, prevenção e antecipação de ocorrências, operacionalidade de equipamentos e tecnologias, manuseio de armamento, identificação de condutas ilícitas, primeiros socorros e procedimentos em crise, dentre outros.

As escolas de formações devem cumprir uma série de exigências em preparar o vigilante, dentro da qualidade esperada dos clientes e sociedade, satisfazendo também o

18 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada da segurança pública.** In: Desafios da gestão pública d segurança. Orgs. OLIVEIRA, F atima Bayma [et al.]. Editora FGV. Rio de Janeiro, 2009, 2005, p. 67.

19 BRASIL. **Lei 7102 de 20 de junho de 1983 dispõe sobre segurança para estabelecimento financeiros.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

20 BRASIL. **Lei 7102 de 20 de junho de 1983 dispõe sobre segurança para estabelecimento financeiros.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

órgão fiscalizador e regulador, a Polícia Federal.

A Portaria 3233/2012-DG/DPF²¹ dispõe normas relacionadas às atividades de Segurança Privada armada ou desarmada, atende objetivos de dignidade da pessoa humana, segurança dos cidadãos, prevenção de eventos danosos e diminuição de seus efeitos, aprimoramento profissional e estímulo ao crescimento das empresas que atuam no setor.

Esta Portaria é o principal instrumento de fiscalização, controle e execução da Segurança Privada, cabe à Polícia Federal tal competência, respeitando os princípios legais para orientar vigilantes e empresas do setor.

A Portaria 3233/2012 descreve cinco ações específicas atividades de Segurança Privada, a de vigilância patrimonial, transporte de valores, escolta armada, segurança pessoal e curso de formação²². Vê-se no mínimo quatro atividades de segurança exposta diretamente ao público externo.

Sobre utilização de arma de fogo, enquanto o vigilante estiver em serviço é permitido o porte de revólver calibre 32 ou 38, pistolas 380 ou 7,65, espingarda de uso permitido calibre 12, 16 ou 20 de fabricação nacional (artigo 22 da Lei 7102/83)²³. Estão reservadas às empresas de segurança privada um limitado rol de armas e calibres com poder de fogo reduzido em comparação aos sofisticados armamentos disponíveis no mercado legal ou clandestino criminoso.

Sem aprofundar na questão armamentista de tipos, calibres, alcance e poder de parada, é fácil perceber que a prática criminosa atual é mais robusta de quando foi criada a lei, não raras vezes os criminosos possuem fuzis, pistolas, granadas e mais, impossibilita a prevenção e a defesa desses profissionais.

Numa breve análise de ação contra a criminalidade, enquanto o vigilante trabalha, está exposto aos riscos de suas atribuições em preservar vidas e patrimônios, está propenso a reagir se necessário, potencializa sua responsabilidade, mas não existe legislação específica para albergar sua conduta a não ser que sua ação seja dentro dos parâmetros legais comuns das excludentes de ilicitude em caso de uso de força física ou utilização de arma de fogo, valendo-se do estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal ou legitima defesa conforme o Código Penal²⁴.

Os profissionais de Segurança Privada estão em dois grandes grupos, aqueles pertencentes a empresas especializadas em serviços destinados a Segurança Privada e

21 POLÍCIA FEDERAL. **Portaria 3233 de 10 de dezembro de 2012 – Dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada.** Disponível em <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/portarias>> Acesso em 17 set. 2018.

22 POLÍCIA FEDERAL. **Portaria 3233 de 10 de dezembro de 2012 – Dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada.** Disponível em <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/portarias>> Acesso em 17 set. 2018.

23 BRASIL. **Lei 7102 de 20 de junho de 1983 dispõe sobre segurança para estabelecimento financeiros.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

24 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

de Empresas que constituem seu próprio corpo de Segurança.

De acordo com levantamento feito pelo VI Estudo do Setor da Segurança Privada – ESSEG, no ano de 2018 o Brasil possuía 553.905 (quinhentos e cinquenta e três mil novecentos e cinco) agentes de Segurança Privada, sendo que o Vigilante é a principal mão de obra com 476 mil profissionais em todo o país²⁵. Numa breve comparação, no Brasil havia 539.463 (quinhentos e trinta e nove mil quatrocentos e sessenta e três) Agentes de Segurança Pública entre Policiais Civis e Militares²⁶,

O quantitativo profissional privado não pode ser desconsiderado pelo setor público, cujo objetivo é comum, a Segurança Pública, devendo ser aprimorada a regulação para eficiência e entrosamento dos profissionais públicos e privados, como compartilhamento de informações, dados, imagens por monitoramentos, cursos e instruções e outros atinentes a função.

Podemos afirmar que a Segurança Privada é complementar, não substitui as instituições públicas, podem coexistir em prol da coletividade.

Sobre a legislação da atividade de Segurança Privada podemos considerar que ela está ultrapassada e deve ser adequada na mesma proporção de importância da atividade, sendo mais um vetor da Segurança com profissionais preparados cientes dos seus direitos e deveres.

4 I REGULAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

De acordo com Bauman, “o serviço de policiamento da ordem viraram uma batata quente alegremente descartada pelos que são suficientemente forte para livrar-se da incômoda sucata, entregando-a de pronto aos que estão mais abaixo na hierarquia e são fracos demais para recusar”²⁷.

O país tem se intensificado na delegação de prestação de serviços estatais indispensáveis ao cidadão desde a década de 1990, são parcerias, terceirizações, permissões, concessões e privatizações.

Na teoria da regulação por Robert Boyer o autor afirma que:

De fato, na literatura internacional, a teoria da regulação diz respeito atualmente as modalidades segundo as quais o Estado delega a gestão de serviços públicos e coletivos a empresas privadas com a premissa de instituir agências administrativas independentes, chamadas de *agências reguladoras*.²⁸

25 VI ESSEG. **A Segurança Privada passada a limpo**. Disponível em <http://fenavist.org.br/estudos-de-seguranca-privada-esseg/> Acesso em 07 de outubro de 2020.

26 Os dados foram obtidos pela Pesquisa Perfil das Instituição de Segurança Pública em 2016. LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2017, p 7.** Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf> Acesso em 08 out. 2020.

27 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012, p. 42,

28 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 23.

Boyer salienta que para cada regime há uma forma de crise, as formas institucionais de uma economia são múltiplas, a coerência e viabilidade de surgimento de determinada regulação depende de fatores centrais na teoria da regulação:

Dois mecanismos principais contribuem para a viabilidade de um modo de regulação. Em primeiro lugar, podemos observar *ex post* a compatibilidade de comportamentos econômicos associados as diversas formas institucionais. Em seguida, quando surgem desequilíbrios e conflitos que não podem ser resolvidos na configuração presente, é necessária uma redefinição das regras do jogo que codificam as formas institucionais. A esfera política é diretamente mobilizada neste processo²⁹.

Os modos de regulação surgem por uma série de fatores, entre ele a bricolagem, acaso, a seleção pela eficiência, processo evolucionista, hipótese de complementaridade e hierarquia das formas institucionais.³⁰

Numa eventualidade se regulação de parte da Segurança Pública, conforme Boyer, a correlação entre o surgimento de instituições e modificação de comportamentos decorre de cerca de vinte e cinco anos, “a transformação dos modos de regulação faz parte do período longo de mudança dos modos de vida, das técnicas de produção, da espacialização das atividades, e não se faz instantaneamente, no tempo volátil das previsões”³¹.

Boyer trata a teoria da regulação mais ligada a questão econômica, mas ela pode ser revertida para a área da Segurança Pública, se considerarmos que existe uma crise, a “regulação e crise são as duas faces de uma mesma problemática”³².

O Estado resulta da conjunção de compromissos institucionalizados, reflexos de coalizões políticas, Boyer explica a transformação dos modelos de regulação ao longo da história numa dada época, sua diversidade é expressão das trajetórias relativo a constituição, história e compromissos, o desenvolvimento da regulação é possível frente as adversidades, como se vê :

Duvidando — com o apoio de provas — da existência de leis econômicas trans-históricas, a teoria não cessa de tentar diminuir, sem, contudo, obter sucesso, o tempo que separa a percepção de mudanças potencialmente fundamentais, por natureza difíceis de decifrar, da pertinência de eventuais novos modos de regulação³³.

A Segurança Pública busca eficiência, a discussão de viabilidade de regulação de parte dessa atividade é possível. Os profissionais de Segurança Privada já existem, com restrição e regulação própria do Estado, o que se discute é a possibilidade de atuação deles em prol da Segurança Pública, se já não o fazem de certa maneira, então que seja admitido e dado eficácia a situação.

Não é novidade que a Administração Pública contrata empresas para implantação

29 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 47.

30 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 68 e 69.

31 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 72.

32 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 138

33 BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009. p. 142

de sistemas de vigilância por monitoramento, fiscalização de veículos por radar fotográfico, a Segurança Pública é complexa e atua em várias frentes.

A mudança de termo de Vigilante para Polícia Privada não tem sustentação legal nem doutrinária mas já foi citada à medida que a Segurança Pública demonstra seus flancos³⁴. Atualmente os Vigilantes responsáveis por transporte de valores não tem suas atividades garantidas frente o poder bélico dos criminosos, isso pode ser revisto.

O Poder de Polícia não é facultado aos órgãos de Vigilância Privada, mas específico da atividade da Administração Pública em razão do interesse público conceituado pelo art. 78 do Código Tributário abaixo:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.³⁵

Vê-se que o Poder de Polícia não é específico dos órgãos policiais, mas da Administração Pública ao realizar o serviço de fiscalização de interesse da coletividade e consequentes medidas administrativas, seja ela preventiva ou repressiva, sem abuso ou desvio de poder.

Na lição de Di Pietro o conceito moderno de Poder de Polícia é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”³⁶, são limitações administrativas ao exercício de liberdades públicas através de atos normativos e administrativos, dentre os quais costuma-se apontar como atributos a discricionariedade, auto executorialidade e coercibilidade,³⁷ este último seria a imposição coativa das medidas administrativas quanto a liberdade ou propriedade em favor do interesse da coletividade, sendo inválido qualquer ato praticado por agente que não tem competência regular da matéria em impor a medida restritiva ou que não respeito aos procedimentos previamente estabelecidos.

O Monopólio “significa a exploração exclusiva de um negócio, em decorrência da concessão de um privilégio [...]”, nem sempre, no entanto, o titular do monopólio é aquele

34 POLICIA PRIVADA. Projeto é tornar os vigilantes Polícia privada é fortalecer a segurança da sociedade e garantir a autonomia dos vigilantes. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=53933> Acesso em 12 de outubro de 2020.

35 BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm> Acesso em 17 set. 2018.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2012, p. 123.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2012, p. 125.

que explora a atividade. Pode delegar a atuação a outra pessoa”³⁸, esse monopólio diz respeito a questão econômica, mas que serve para ilustrar a Segurança Pública referente o Monopólio do Uso da Força que o Estado possui.

Uma das características primordiais do Poder de Polícia é a Indelegabilidade, não outorgando “a particular cometimentos tipicamente públicos ligados à liberdade e à propriedade”³⁹.

A Indelegabilidade do Poder de Polícia existe, inclusive pela Lei 11079/2004 que institui normas para licitação e contratação de parceria público-privada para a Administração Pública, estabelecendo a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”⁴⁰.

Sobre situações de fiscalização de trânsito por empresas particulares que alugam e operam equipamentos Diógenes Gasparini defende o seguinte:

Nesse caso, nem sequer se trata de delegação da atribuição de polícia, na medida em que a empresa é apenas, por contrato, prestadora de serviços à Administração Pública, fornecendo-lhe todos os dados e muitas vezes até o auto de infração, obtidos por meio de máquinas de modo preciso e impessoal, para o exercício do poder de polícia, não há nessa atividade qualquer vontade do representante da empresa contratada, pois tudo é feito por máquina aferida pelos órgãos públicos de controle. Nada mudaria se essas atividades fossem feitas por agentes da Administração Pública.⁴¹

Outra situação prevista por Diógenes Gasparini é a execução do ato de polícia, que determina a destruição de armas, conforme segue:

[...] pode ser atribuída a particulares, mas não vai nessa medida qualquer delegação do poder de polícia. A destruição é apenas a atividade material, decorrente do ato de polícia, nada mais. Não implica delegação de atribuição própria do Estado. Assim, essas atividades materiais, executadas tanto antes como depois do ato de polícia, não levam a violação da indelegabilidade.⁴²

A respeito do poder de polícia originário e delegado, José dos Santos Carvalho Filho ensina que não é difícil atribuir o poder de polícia aos órgãos da federação, mas esclarece que o Estado não age somente com seus agentes e órgãos internos. Várias atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas vinculadas ao Estado.

A idoneidade das pessoas deve autorizar o exercício do poder de polícia, desde que feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo, baseado na Lei, nada obstaria o exercício por entidades paraestatais, mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, dando importância é que haja expressa delegação na lei e o delegatário seja

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 edição. Atlas. São Paulo, 2012, p. 923-924.

39 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição . Saraiva. São Paulo, 2012, p. 187.

40 BRASIL. Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 – Normas para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em 17 set. 2018.

41 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição . Saraiva. São Paulo, 2012, p. 188-189.

42 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição . Saraiva. São Paulo, 2012, p. 189

entidade integrante da Administração Pública⁴³.

Sobre esse assunto, Carvalho Filho destaca a situação da Guarda Municipal do Rio de Janeiro instituída sob forma de empresa pública, pessoa jurídica de direito privado com servidores sem estabilidade, passou-se a defender a anulação das multas de trânsito:

Ao nosso ver, tal entendimento reflete flagrante desvio de perspectiva. Inexistem qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado posam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes cabe – é lógico – o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições. Aliás, cabe aqui observar que a Lei nº 9.03/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) é claríssima ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, a quem incumbe comprovar a infração, seja servidor civil, estatutário ou celetista, ainda policial militar designado pela autoridade de trânsito. Acertadamente, porém, a jurisprudência mais recente tem julgado legítimo o exercício do poder de polícia fiscalizatório pela aludida corporação.⁴⁴

Neste diapasão, do Poder de Polícia ser exercido por particular, deve ser preenchido três condições:

- 1^{a)} a pessoa jurídica deve integrar a estrutura da Administração Indireta, isso porque sempre poderá ter a seu cargo a prestação do serviço público;
- 2^{a)} A competência delegada deve ter sido conferida por lei;
- 3^{a)} O poder de polícia há de restringir-se à prática de atos e natureza fiscalizatória, partindo-se, pois da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de função executória, e não inovadora.⁴⁵

Sabidamente, deve-se impedir o conflito de interesse público e privado, o poder de polícia deve ser exercido em decorrência da prestação de serviço e não como essência de atividade.

Em algumas situações ocorre o exercício do poder de polícia fiscalizatório pela iniciativa privada, como operacionalização de triagem em aeroportos para detecção de objetos ilícitos ou proibidos, bem como aparelhos para detecção de infração de trânsito.

As Polícias Militares e Bombeiros Militares Estaduais são forças auxiliares e reservas do Exército Brasileiro, naturalmente esse braço das Forças Armadas tem uma tropa instruída a altura do que o Exército precisa se for necessário.

No campo privado a mesma tática pode ser utilizada ao instruir e formar profissionais de Segurança Privada para atuar em prol da Segurança Pública, o aumento e manutenção do efetivo de profissionais das Forças de Segurança Pública é uma verdadeira luta para a administração pública.

Não podemos negar a importância da Segurança Privada, por fazer parte da sociedade e estar contido no texto constitucional que cita a Segurança Pública ser direito

43 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 edição. Atlas. São Paulo, 2012, p. 78.

44 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 edição. Atlas. São Paulo, 2012, p. 79

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 edição. Atlas. São Paulo, 2012, p. 79

e responsabilidade de todos, também pelo fato de que a própria legislação exige conduta desses profissionais seja dentro da lei.

Uma característica das sociedades humanas que difere das outras espécies é a existência de formas não naturais de regulação, pode ser definida como “garantia de que as relações entre atores de uma sociedade, sejam eles indivíduos ou organizações, se deem de forma compatível com critérios e princípios, que podem variar de uma sociedade para outra”⁴⁶, a regulação pode variar de acordo com o local e momento histórico.

O momento histórico tem papel preponderante na consciência das pessoas e soberania das nações, mesmo sendo o Estado a forma consagrada de regulação, não se confunde com regulamentação, conforme segue explicação :

Papel do Estado, independentemente do grau de intervenção direta como agente econômico, regular as relações entre os diferentes atores do sistema econômico-social. Para regular, pode lançar mão de duas categorias de intervenção: a ação direta (como empresário e/ou provedor) e a regulamentação (mediante leis e mecanismos de indução). Uma não elimina a outra, mas a intensificação do uso dos dois, nas décadas precedentes, exacerbou o poder estatal e vulnerabilizou as instituições públicas.⁴⁷

Muito embora o interesse do particular entre em choque com o interesse coletivo, o Estado deve regular as relações das empresas privatizadas a fim de atender a coletividade. A regulação na área da Segurança deve ser destacada, atualmente os três setores, governo, sociedade civil e empresas, tem um papel regulatório importante como se vê:

- o Estado regula o mercado por meio de mecanismos do tipo comando e controle, incentivos e outras formas de persuasão, e regula a sociedade civil, por meio de leis;
- o mercado regula o Estado e a sociedade, ditando condutas ou demandando ações; e
- a sociedade civil regula o mercado e o Estado, como opinião pública, consumidora e eleitora.⁴⁸

Políticas públicas reúnem diversos campos científicos, política, sociologia, direito, economia, psicologia social, estão associadas aos processos decisórios de governos voltados aos interesses da coletividade, “são ações regulares, institucionalizadas, de governos, visando objetivos fins e determinados”⁴⁹.

As ações para a minimização da prática criminosa devem ser interdisciplinares, integrando diversos conhecimentos, o desafio está na superação de paradigmas ligado muitas vezes com exclusividade a política de controle social. A consideração e obediência

46 BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Garamond. Rio de Janeiro, 2012, p. 139

47 BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Garamond. Rio de Janeiro, 2012, p. 143

48 BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Garamond. Rio de Janeiro, 2012, p. 144.

49 BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Garamond. Rio de Janeiro, 2012, p. 146.

das garantias devem ser fornecidas pelo próprio Estado o que resulta no fortalecimento democrático da segurança agregada por princípios e valores sociais.

Prover Segurança Pública está diretamente ligada concretização de cidadania, é público e necessário.

A segurança é inalienável, imprescritível, irrenunciável e universal, pode ser ofertada de várias maneiras, inclusive tendo o apoio através de órgãos privados.

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro dos posicionamentos legislativos e doutrinários elencados é seguro afirmar que a Segurança Pública não deve ser resumida a atividade policial, mas também como um conjunto de valores a serem alcançados por várias frentes de esforços institucionais e privados, atrelado aos direitos fundamentais para a concretização de fato do Estado Democrático de Direito e garantia dos demais direitos fundamentais.

As Forças Policiais integram o próprio conceito de Segurança Pública, mas não esgota, não são as únicas responsáveis, a população deve participar dessa construção, tal como reza o artigo 144 da Constituição Federal quando dita que a Segurança Pública é Dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, ela é prestacional e deve atingir a anseios para qual é dirigida a fim de alcançar os objetivos relevantes em garantir a incolumidade das pessoas, do patrimônio e paz pública.

Garantia constitucional ou direito fundamental, a Segurança Pública pode ser elencada em ambas categorias, tem o condão de proteger bens jurídicos inerentes e propiciar o gozo de direitos do próprio homem, é inalienável e deve ter aplicação imediata, razão pela qual se deve utilizar de todos esforços.

A complexidade desse tema necessita de complementaridade além dos órgãos policiais, é um campo interdisciplinar, sua concretização depende do Estado e sociedade, certamente o campo privado faria parte das Políticas Pública de Segurança Pública com as soluções pertinentes

A questão que se levanta é sobre a regulação do serviço público que ocorre para tantos serviços e de certa maneira pode ser trabalhado para a Segurança Pública junto a iniciativa privada, sendo regulado pelo Estado, visando pessoal bem formado e preparado, para não fazerem apenas o serviço de presença mas fazer as funções estatuídas e colaborar para o interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **A arte da vida.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.

BOYER, Robert. **Teoria da Regulação: os fundamentos**. São Paulo: estação liberdade 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm> Acesso em 15 set. 2018.

_____. **Decreto nº 3.897 de 24 de agosto de 2001 - Diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3897.htm> Acesso em 16 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

_____. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm> Acesso em 17 set. 2018.

_____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 – Normas para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em 17 set. 2018.

_____. **Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983 - Segurança Para Estabelecimentos Financeiros**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102compilado.htm> Acesso em 17 de setembro de 2018.

BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Garamond. Rio de Janeiro, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª edição. Atlas. São Paulo, 2012, p. 78.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Policia militar e poder de polícia no direito brasileiro**. In: LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª edição . Saraiva. São Paulo, 2012.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2017. Disponível em <http://www.forumsegurança.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf> Acesso em 17 set. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009

MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980.

POLÍCIA FEDERAL. Portaria nº 3.233 de 10 de dezembro de 2012 – Dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada. Disponível em <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/portarias>> Acesso em 17 set. 2018.

POLICIA PRIVADA. Projeto é tornar os vigilantes Polícia privada é fortalecer a segurança da sociedade e garantir a autonomia dos vigilantes. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaodeia?id=53933> Acesso em 12 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental a Segurança Jurídica – Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª edição. Belo Horizonte/MG : Editora Fórum, 2005.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada da segurança pública. In: Desafios da gestão pública de segurança. Orgs. OLIVEIRA, Fátima Bayma [et al.]. Editora FGV. Rio de Janeiro, 2009.

CAPÍTULO 5

A INCLUSÃO DE SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA AOS AGENTES DA SEGURANÇA PÚBLICA PELA LEI N. 13.967/2019 E A APLICABILIDADE NORMATIVA

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 29/06/2021

Thiago Martins Carneiro

Faculdade de Telêmaco Borba / FATEB
Tibagi – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/2606912605565407>

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a aplicabilidade normativa da Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, notadamente o parágrafo único no art. 25 do Código Penal. Tal dispositivo, foi acrescido na legislação penal e prevê que uma vez atendidos os requisitos do *caput* do artigo que trata da legítima defesa, considera-se também nesta situação de excludente de ilicitude o Agente de Segurança Pública que repelir agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes. Sendo assim, a legislação penal inovou ao tratar de situação específica de agente de segurança pública, sendo estes entendidos como os integrantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros, etc. A exclusão de ilicitude da legítima defesa, independente do sujeito ativo da ação, ou seja, tratando-se ou não de agente de segurança, aplica-se a quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Portanto, esse novo dispositivo ainda que tenha acrescido

a legislação penal, surgiu como uma norma explicativa, trazendo hipótese de legítima defesa, não incorporando na legislação uma situação nova. Neste cenário a alteração legislativa não agregou nova situação à legislação brasileira, sendo necessária a observância dos requisitos já previstos anteriormente pela lei para possibilitar o reconhecimento da discriminante.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa, excludente de ilicitude, agente de segurança pública, Pacote Anticrime; Aplicabilidade prática.

THE INCLUSION OF A SITUATION
OF LEGITIMATE DEFENSE TO
PUBLIC SECURITY AGENTS BY LAW
N. 13.967/2019 AND NORMATIVE
APPLICABILITY

ABSTRACT: The present work aims to address the normative applicability of Law n. 13.964/2019, popularly known as the Anti-Crime Package, notably the sole paragraph in art. 25 of the Criminal Code. This provision was added to the criminal law and provides that once the requirements of the caput of the article dealing with legitimate defense are met, the Public Security Agent who repels aggression or risk of aggression to the victim is also considered in this situation of excluding illegality held hostage during the commission of crimes. Thus, criminal legislation has innovated when dealing with the specific situation of public security agents, who are understood as members of the Federal Police, Federal Highway Police, Federal Railway Police, Military Police, Civil Police and Fire Department, etc. The exclusion of unlawful self-defense, regardless of the active subject of the action,

that is, whether or not it is a security agent, applies to anyone who, using moderately the necessary means, repels unjust aggression, current or imminent, by law yours or someone else's. Therefore, this new provision, even though it added the penal legislation, emerged as an explanatory norm, bringing the hypothesis of self-defense, not incorporating a new situation in the legislation. In this scenario, the legislative change did not add a new situation to the Brazilian legislation, being necessary to comply with the requirements previously provided for by the law to enable the recognition of the offender.

KEYWORDS: Self-defense, excluding illegality, public security agent, Anti-Crime Package; Practical applicability.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a aplicabilidade normativa da Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, que dentre outros aspectos da legislação penal e processual penal, acrescentou o parágrafo único no art. 25 do Código Penal, qual prevê que uma vez atendidos os requisitos do *caput* do artigo que trata da legítima defesa, considera-se também nesta situação de excludente de ilicitude o Agente de Segurança Pública que repelir agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Vale lembrar que quando a norma traz de forma expressa tratando dos Agentes de Segurança Pública está se referindo aos integrantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Militar, Polícia Civil, Corpo de Bombeiros e Polícia Ferroviária Federal, etc.

Nesse passo, surge à necessidade de estudo para fins de avaliar quais os efeitos do acréscimo legislativo na prática aos agentes de segurança pública.

Desta forma, a justificativa da escolha desse tema se reveste de pertinência para avaliar os efeitos que o parágrafo único do art. 25 do Código Penal trouxe nos casos em que os agentes de segurança pública agem amparados pela excludente de ilicitude de legítima defesa, notadamente, se com a inclusão de tal dispositivo, passou a existir diferenciação na interpretação quanto à aplicabilidade de tal instituto as situações de legítima defesa envolvendo os agentes de segurança pública.

O problema da pesquisa repousa na consequência fatídica que a inclusão legislativa trouxe para as situações da causa de excludente de ilicitude da legitima defesa envolvendo profissionais da segurança pública, especialmente, no que concerne ao preenchimento dos requisitos autorizadores para aplicação de tal instituto e, se para aplicabilidade do instituto ocorreu alguma diferenciação ou tratam-se na verdade dos mesmos requisitos que já estavam previstos na legislação penal em vigor.

Portanto, o que se busca com a presente pesquisa é esclarecer a efetividade de tal dispositivo na seara processual, notadamente, se aos agentes de segurança pública foi conferido alguma espécie de imunidade a ensejar a aplicação da exclusão de ilicitude ou se continuam em vigência os mesmos requisitos que condicionam a aplicação de tal instituto

(agressão injusta; atual ou iminente; uso moderado dos meios necessários; proteção do direito próprio ou de outrem), antes mesmo da vigência da Lei n. 13.964/2019.

Assim, inicialmente, será abordado os aspectos da Lei n. 13.964/2009, conhecida como Pacote Anticrime. Num segundo momento, será abordada a competência para o processamento dos crimes contra a vida na esfera militar, à luz da Constituição Federal, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar.

No decorrer do trabalho são trabalhadas também as causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal e Código Penal Militar e por fim, a incidência da legítima defesa em casos envolvendo agentes de segurança pública, notadamente a aplicabilidade da descriminante na prática.

Destarte, cumpre apontar sobre a metodologia e técnicas de pesquisa utilizadas neste estudo. O trabalho pode ser classificado como exploratório, quanto ao objetivo, e, como bibliográfico, quanto ao objeto. O estudo possui caráter qualitativo, sendo realizado mediante pesquisas doutrinárias. Quanto à metodologia, o trabalho em mãos faz a opção pelo método dedutivo, pois, partiu-se de leis gerais para a compreensão de questões pontuais (GIL, 2002).

2 | PACOTE ANTICRIME – LEI N. 13.964/2019

O pacote anticrime foi o nome dado à Lei n. 13.964/2019, aprovada em 24 de dezembro de 2019, cuja matéria abrange situações de direito processual e material, tratando-se de legislação de natureza mista, por meio da qual promoveu alterações em diversas ramificações do direito, dentre as quais destaca-se o direito penal, processual penal e penal militar.

De acordo com Luciano Anderson de Souza (2020, pág. 09) “trata-se da mais significativa alteração jurídico-penal dos últimos 30 anos, desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos, marco do recrudescimento penal”.

A Lei n. 13.964/2020-Pacote Anticrime foi desencadeada por meio da propositura do Projeto de Lei n. 10.372/2018, de autoria dos membros da Câmara dos Deputados, dentro os quais cita-se José Rocha, Marcelo Aro, Wladimir Costa e Baleia Rossi e outros, recebendo sugestões da comissão de juristas presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, assim como propostas de sugestões legislativas do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, em 2019.

Inclusive, na justificativa do Projeto de Lei n. 10.372/2018 consta a informação de que por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, foi publicado no Diário daquela casa legislativa em 10 de outubro de 2017, a criação de uma Comissão de Juristas com a atribuição de elaborar proposta legislativa de “combate à criminalidade organizada, em especial relacionada ao combate ao tráfico de drogas e armas.”, qual foi presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O texto original do Projeto de Lei n. 10.372/2018, visava à modificação da legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, tráfico de drogas e armas, milícia privada, crimes cometidos com violência ou grave ameaça e hediondos, bem como agilizaria a investigação criminal e a persecução penal.

Contudo, desde a proposição até a aprovação em lei, o projeto original recebeu diversas emendas e também vetos quando de sua aprovação.

Quanto ao ponto, cumpre anotar que a proposta apresentada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, no ano de 2019 sofreu diversos vetos e, em relação aos agentes de segurança pública, destaca-se alguns dispositivos inerentes ao trabalho em questão:

Art. 25

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.»

Contudo, após a tramitação legislativa, o inc. I do parágrafo único do art. 25 foi vetado, sendo sancionado tão somente o dispositivo que trata da legítima defesa do agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (art. 25, parágrafo único do Código Penal).

Desta forma, verifica-se que o Pacote Anticrime foi um marco legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, buscando expandir a legislação penal, trazendo algumas previsões também direcionadas aos agentes de segurança pública.

3 I CRIME CONTRA A VIDA E COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO NO ÂMBITO MILITAR

Interligando a aplicação do instituto da excludente de ilicitude da legítima defesa prevista no art. 25, parágrafo único, do Código Penal aos crimes de competência da Justiça Militar, têm-se que mostra-se mais palpável a aplicação deste instituto quando se está diante de crimes perpetrados por milicianos de competência da justiça comum.

No âmbito do direito penal militar o crime contra a pessoa de homicídio está previsto no capítulo IV que trata dos crimes contra a pessoa, especialmente no art. 205 que assim dispõe:

Art. 205. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Minoração facultativa da pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - por motivo fútil;

II - mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe;

III - com emprêgo de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI - prevalecendo-se o agente da situação de serviço:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Contudo, tendo por base comandos constitucionais (art. 125, §4º da Constituição Federal) e infraconstitucionais (art. 9º, §1º, do Código Penal Militar e art. 82, caput, §2º do Código de Processo Penal Militar), a competência para o processamento de crimes contra a vida praticados por militares contra civil, compete à Justiça comum. Confira-se:

Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Código Penal Militar:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

Código de Processo Penal Militar:

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

(...)

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Discorrendo sobre esse tema, os doutrinadores Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streinfiger, destacam (2014, pág. 99):

Assim, voltando ao caso do Direito Penal Militar brasileiro, são crimes militares aqueles enumerados pela lei, que estudaremos no decorrer desta obra e, posteriormente, pela Parte Especial. Tal critério, adotado desde a Constituição de 1946, evidencia-se na atual Carta Magna pelo disposto nos arts. 124 e 125, § 4º. A lei penal militar, todavia, vale-se de conceituações arrimadas nos critérios enumerados para eleger pontualmente os crimes militares.

A respeito do assunto, em recente decisão o Tribunal de Justiça de Mato Grosso decidiu:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR X JUSTIÇA ESTADUAL – INQUÉRITO POLICIAL – HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO CONTRA CIVIL – DÚVIDA QUANTO AO DOLO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – CONFLITO PROCEDENTE. Nos termos do art. 125, § 4º, da CF/88, do art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1001/1969) e do art. 82, “caput” e § 2º, do Código de Processo Penal Militar, é competente a justiça comum para apurar o crime de homicídio praticado por policial militar em serviço contra civil.(TJ-MT - CC: 10002143020198110000 MT, Relator: RUI RAMOS RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/10/2019, Turma de Câmaras Criminais Reunidas, Data de Publicação: 21/10/2019)

Sendo assim, tratando-se de crime de homicídio perpetrado por policiais militares contra civil no exercício da função, o crime será processado face a legislação comum, no caso, o Código Penal, com previsão do crime no art. 121 deste diploma legal e, por via de consequência, as hipóteses de excludentes de ilicitude, dentre elas, a legítima defesa, será objeto de análise.

Tal interpretação à luz das hipóteses de excludentes de ilicitude no âmbito da segurança pública é fato bastante relevante, pois no cotidiano das operações policiais, atendimento de ocorrências, realização de patrulhamento ostensivo e repressivo, não raras vezes os policiais separam-se com situações que demandam a utilização dos recursos que se fazem presentes para repelir injusta agressão ou lesão ao direito de outrem ou próprio.

Inclusive, muitas dessas ocorrências com situações de confrontos policiais que acabam deflagrando a morte dos indivíduos.

Nesse passo, ocorrendo confrontos policiais com situação de morte, inicia ao policial militar ou outros agentes integrantes da segurança pública, o procedimento de investigação, marcado pelo inquérito policial, inquérito policial militar, procedimento investigatório criminal e, até mesmo, a deflagração de ação penal.

A título de ilustração, conforme notícia veiculada pelo Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado do Paraná, no primeiro semestre do ano de 2020 foram 183 casos de confronto com policiais militares que culminaram com morte. Confira-se:

As mortes em confrontos com policiais (militares e civis) e guardas municipais no Paraná, no primeiro semestre de 2020, chegaram a 184, sendo 183 em confrontos com policiais militares e uma com guarda municipal – não houve mortes em confrontos com policiais civis. O número representa aumento de 13,58% em relação ao mesmo período do ano passado, quando ocorreram 162 mortes. Os dados foram divulgados nesta segunda-feira, 24 de agosto, pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), do Ministério Público do Paraná, que tem entre suas funções o controle externo da atividade policial.

Desta forma, caberá no próximo item discorrer sobre a aplicabilidade da excludente de ilicitude de legítima defesa nos casos de crimes perpetrados por agentes de segurança pública contra civis no exercício de suas respectivas funções.

4 | CAUSAS EXCLUDENTES DE ILCITUDE

As causas excludentes de ilicitude previstas no ordenamento jurídico estão elencadas pelo art. 23 do Código Penal e no artigo 42 da legislação castrense. Em ambas as legislações são consideradas situações excludentes de ilicitude estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Confira-se:

Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Código Penal Militar:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

As causas excludentes de ilicitude tem o condão de valorar se a conduta foi contra o ordenamento jurídico, a ser apta a ensejar a imputação ou a exclusão de um crime.

Rogério Greco (pág. 143, 2012) discorre sobre a ilicitude:

A ilicitude, expressão sinônima de antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A lícitude ou a juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver autuado amparado por uma das causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal.

Nesse passo, a ilicitude constituiu um elemento essencial do tipo penal incriminador, de modo que expressa a contrariedade à legislação. Assim, nesse ponto analisa-se a conduta de alguma forma foi contra ordenamento e se houve uma causa apta a excluir essa afronta a lei.

O doutrinador Cleber Masson (2019, pág. 560), ao discorrer sobre a ilicitude assevera que:

Ilicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico.

Ainda, segundo Rogério Greco (2012), quando se fala em crime deve-se considerar um fato típico, ilícito e culpável, entendido como conceito analítico de crime, que busca analisar todos os elementos que integram o conceito de infração penal.

Sendo assim, a infração penal se perfaz quando estão presentes todos os elementos estruturantes, de modo que se houver uma causa que exclui a ilicitude da conduta, deixa-se de se falar em um crime, uma conduta contra lei, mas uma ação que foi pautada por uma causa justificante.

Desta forma, no ordenamento jurídico pátrio há o detalhamento do que pode se considerar legítima defesa e estado de necessidade. Este, nos moldes do art. 24 do Código Penal, é considerado “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Já a legítima defesa, é prevista no art. 25 do Código Pena, qual pode ser entendida como “quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Por meio da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, foi incluído o parágrafo único do referido artigo, que dispõe:

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Diferente do que ocorre com as causas excludentes de ilicitude de estado de necessidade e legítima defesa em que o legislador elenca as situações que podem

enquadrar-se em tais hipóteses, no caso de estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (art. 23, inc. III do Código Penal), não há tal especificação.

Sobre o tema, discorre Cleber Masson (2019, págs. 620 e 625):

Ao contrário do que fez em relação ao estado de necessidade e à legítima defesa, o Código Penal não apresentou o conceito de estrito cumprimento de dever legal, nem seus elementos característicos. Pode-se defini-lo, contudo, como a causa de exclusão da ilicitude que consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei, de natureza penal ou não.

(...)

Assim sendo, a palavra “direito” é utilizada em sentido amplo pelo art. 23, III, do Código Penal. Quem está autorizado a praticar um ato, reputado pela ordem jurídica como o exercício de um direito, age licitamente.

Insta salientar que tanto, no Código Penal (arts. 24 e 25), quanto no Código Penal Militar (arts. 43 e 44) há especificação acerca das causas excludentes de ilicitude da legítima defesa e estado de necessidade, contudo a interpretação quanto as causas de estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito coube a doutrina e a jurisprudência.

Desta forma, uma vez presentes as causas de excludentes de ilicitude, que justificam a atuação do agente, não há o que se falar na prática de crime.

5 I A INCIDÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA EM CASOS ENVOLVENDO AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

Como visto, dentre as causas de excludentes de ilicitude, encontra-se a legítima defesa, prevista no art. 25 do Código Penal.

De acordo com Cleber Masson (2019) a legítima defesa é inerente à condição humana e acompanha o homem desde o nascimento, perdurando por toda a vida, por ser natural o comportamento de defesa quando agredido injustamente por outra pessoa.

Nucci *apud* Sanches (2020, pág. 14) assevera:

A legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: a) no prisma jurídico individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou ordenamento jurídico; b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí porque a legítima defesa manifesta-se no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito, ou ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merecer ser exercida de forma menos lesiva possível.

Contudo, ainda que trate-se de reação inerente a natureza humana para a conduta

do agente ser amparada na causa excludente de ilicitude da legítima defesa é necessária a presença dos requisitos legais de forma cumulativa, a demonstrar que a pessoa utilizou-se dos meios necessários, repeliu a injusta agressão, sendo ela atual ou iminente, na defesa de seu direito ou de outrem, nos moldes do caput do art. 25 do Código Penal.

O doutrinador René Ariel Dotti (2012, págs. 489-490) elenca os requisitos necessários para caracterização da excludente de ilicitude da legítima defesa. Destaque-se:

1) pressupõe-se, inicialmente, a existência de uma agressão injusta, ou seja, uma ofensa não autorizada pelo ordenamento jurídico; 2) referida agressão precisa ser atual ou iminente, o que significa dizer que deve estar ocorrendo, efetivamente, ou ainda deve estar prestes a acontecer; 3) assim como se dá no estado de necessidade, a conduta é voltada à defesa de um bem ou interesse (próprio ou de terceiro) juridicamente protegidos; 4) a referência a meios necessários para a reação exige que o intérprete analise as circunstâncias nas quais o evento aconteceu para avaliar o que normalmente poderia ser feito para repelir a situação de perigo; 5) a moderação do uso dos meios, por sua vez, diz respeito à prudência com que referidos meios foram utilizados – fala-se, aqui, na exigência de proporcionalidade entre ação e reação, sem que isso signifique apelar a rigores matemáticos.

Portanto, para caracterização de situação de excludente de ilicitude na legítima defesa, não basta o cumprimento parcial dos requisitos, sendo que todos devem ser analisados de forma conjunta e cumulativa, a fim de verificar se a conduta contra lei foi amparada pela causa descriminante.

Nas palavras de Cesar Roberto Bittencourt (2020, pág. 938), a excludente de ilicitude da legitima defesa exige a presença simultânea de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Confira-se:

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito (bem jurídico) próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo: *animus defendendi*. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos.

Nessa perspectiva, por meio da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, dentre as outras modificações e acréscimos na legislação penal, processual e extravagante, o legislador trouxe uma subespécie de legítima defesa de terceiro no caso dos agentes de segurança pública.

Com efeito, o parágrafo único, do art. 25 do Código Penal prevê que “observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Como se observa, ainda que o dispositivo traga uma subespécie onde traz uma norma permissiva, não ilide o agente de segurança pública ao cumprimento dos requisitos do *caput* do art. 25 do Código Penal, de modo que os requisitos devem estar presentes para se fazer possível a aplicação deste instituto descriminante.

Nesse ponto, cumpre asseverar que nos termos do art. 144 da Constituição Federal integram a segurança pública a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros, Polícias Penais Federais, etc.

Rogério Sanches da Cunha (2020, pág. 18) defende que a “alteração não parece trazer reflexos práticos, servindo, quando muito, como instrumento para melhor compreensão do instituto da legítima defesa no dia a dia dos agentes policias e de segurança pública”.

Portanto, as ações dos agentes de segurança pública devem estar pautadas nos mesmos requisitos anteriores às modificações trazidas pelo Pacote Anticrime, sendo que a situação acrescida pela referida lei, na verdade já estava abarcada pela forma genérica da legítima defesa.

A respeito do tema, Cesar Roberto Bittencourt (2020, pág. 952), discorre:

A Lei n. 13.964 cria, dentre tantas modificações na legislação penal, uma subespécie de legítima defesa de terceiro, como se fosse necessária, posto que o caput do art. 25 já a consagra, para todo o cidadão que agir, nas mesmas circunstâncias, em defesa de alguém. Pretende-se, com a previsão desse parágrafo único acrescido pela referida lei, assegurar a legitimidade da ação de eventual agente de segurança que repila “agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”. Trata-se, a rigor, de norma penal permissiva absolutamente desnecessária, inócuia, supérflua e inútil, na medida em que a hipótese prevista nesse parágrafo já está abrangida pela previsão do caput deste art. 25 do CP. Com efeito, ao final desse dispositivo legal, consta que a legítima defesa pode ser exercida em defesa “a direito seu ou de outrem”, independentemente de cuidar-se de agente de segurança pública ou não. Significa dizer que qualquer pessoa do povo, policial ou não, nas mesmas circunstâncias, também pode agir amparada pela mesma excludente, consoante previsão já existente no caput.

Desta forma, verifica-se que para o agente de segurança pública estar amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa devem estar presentes todos os requisitos previstos no caput do artigo 25 do Código Penal, de modo a demonstrar que a pessoa utilizou-se dos meios necessários, repeliu a injusta agressão, sendo ela atual ou iminente, na defesa de seu direito ou de outrem, não sendo apenas em casos de risco a vítimas mantidas reféns durante os crimes, sendo este último uma das hipóteses de incidência.

Em verdade, pelo que se observa, tal dispositivo veio como uma norma autorizativa explicativa, não elastecendo ou acrescendo as situações que configurem legítima defesa, mas apenas como uma forma elucidativa, não criando situações adicionais de legítima defesa aos agentes de segurança pública.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante visto a Lei n. 13.964/2019-Pacote Anticrime, trouxe diversas mudanças na legislação brasileira, especialmente no que concerne as matérias penal, processo penal,

código de processo penal militar, dentre outras.

Nesta perspectiva a inclusão legislativa aqui tratada se refere a exclusão de ilicitude da legítima defesa, já que esta atua como descriminante da conduta que fere o ordenamento jurídico e, por meio desta inovação legal foi trazida uma situação expressa tendo como destinatários os agentes de segurança pública.

Nesse passo, com a inclusão do parágrafo único ao art. 25 que passou a prever que uma vez atendidos os requisitos do *caput* do artigo que trata da legítima defesa, considera-se também em situação de excludente de ilicitude o Agente de Segurança Pública que repelir agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes, abriu-se discussão acerca dos efeitos desta nova previsão na prática.

E, diante desse novo cenário legislativo, verificou-se que em verdade trata-se do mesmo paradigma normativo, de modo que esse novo dispositivo não trouxe uma imunidade ao agente de segurança pública que no exercício de sua função age amparado pela excludente de ilicitude.

Trata-se, na espécie, de uma norma explicativa, que visa à ilustração de um dos casos que o agente de segurança pública pode se deparar no exercício de suas funções, sem deixar, contudo, de observar os requisitos do *caput* do artigo 25 do Código Penal.

In casu, tratando-se de agentes de segurança pública resta mais palpável a possibilidade de aplicação deste instituto nos crimes contra vida que por determinação do legislador constituinte caberá à apuração à Justiça comum, qual no âmbito de sua competência analisará a pertinência da aplicação deste instituto.

Sendo assim, no plano fatídico não há como se concluir que passou a existir alguma diferenciação no reconhecimento da legítima defesa aos agentes de segurança pública, sendo indispensável estarem presentes a utilização dos meios necessários, repelir a injusta agressão, sendo ela atual ou iminente, na defesa de seu direito ou de outrem.

Desta forma, os casos de risco às vítimas mantidas reféns durante os crimes é uma das hipóteses de incidência, dentre diversas outras situações que possibilitam a aplicação deste instituto, desde que cumpridos os requisitos.

Portanto, por tratar-se de norma explicativa não trouxe grandes reflexos na prática, tratando-se de instrumento que possibilita melhor interpretação das hipóteses de incidência do instituto jurídico da legítima defesa no cotidiano dos agentes de segurança pública, a justificar a incidência da descriminante.

Por fim, cumpre asseverar que poder-se-ia pensar em interpretação diversa se o Pacote Anticrime tivesse sido aprovado e sancionado sem vetos de acordo com a sugestão legislativa encaminhada ao Poder Legislativo pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, em 2019, que previa situação de excludente de ilicitude ao agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.372/2018, de 06 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2178170>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 maio 2021.

_____. **Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

_____. **Código Penal Militar.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

_____. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848comulado.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

_____. **Lei n. 13.964/2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BITTENCOURT. Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120). Volume 1. 26ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – lei n. 13.964/2019: Comentários à Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GIL, Antônio Carlos, 1946 - Como elaborar projetos de pesquisa. - 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)- vol. 1. 13.ed. São Paulo: Método, 2019.

MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. CC: 10002143020198110000 MT, Relator: RUI RAMOS RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/10/2019, Turma de Câmaras Criminais Reunidas, Data de Publicação: 21/10/2019. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839305899/conflictingo-de-competencia-cc-10002143020198110000-mt>. Acesso em: 14 maio 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/110v-ZfJgbLWLrovTRuoYj2JhlnVPZ8Mu/view>. Acesso em: 20 maio 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. MPPR divulga número de mortes em confronto com policiais no 1º semestre. Disponível em: <https://gaeco.mppr.mp.br/2020/08/22888,37/MPPR-divulga-numero-de-mortes-em-confronto-com-policiais-no-1º-semestre.html>. Acesso em: 21 maio 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREINFIGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar.** 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. DEZEM, Guilherme Madeira. **Comentários ao Pacote Anticrime Lei 13964/2019.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CAPÍTULO 6

A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL PARA COIBIR O CRIME ORGANIZADO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Data de aceite: 02/08/2021

Ari de Moraes Carvalho

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário UNA
Betim – MG

Marcos Nogueira de Carvalho

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário UNA
Betim – MG

RESUMO: O presente estudo teve por objetivo a análise da necessária intervenção estatal para coibir o crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Haja vista a problemática do crescimento exacerbado do crime organizado no Brasil, situação essa que afronta claramente os princípios que zelam pela ordem e pela paz social, bem como relativiza a eficiência do dever estatal em conceber uma maior segurança pública aos brasileiros. Nos moldes destes ideais, a pesquisa se utilizou das metodologias de revisão bibliográfica e de coleta e análise de dados, se debruçando sobre a análise de obras produzidas por outros autores, dentro de um marco temporal prioritário de 11 (onze) anos, ou seja, obras publicadas entre os anos de 2010 a 2021, salvo para os casos de doutrinas clássicas e de legislações pertinentes. Tais obras foram buscadas nas bases de dados do Google Acadêmico e Scielo. Diante dos resultados extraídos da pesquisa, ficou evidenciado que o crime organizado possui um forte poderio no interior dos presídios brasileiros, principalmente

em face da utilização de equipamentos eletrônicos, tais como os aparelhos celulares, o que possibilita que as organizações criminosas comandem ações de dentro do sistema prisional. Evidenciou-se também que diversos são os mecanismos empregados pelo Estado para tentar mitigar as ações do crime organizado nos presídios do Brasil, como o próprio emprego de bloqueadores de sinal telefônico, mas, todas as medidas não têm logrado êxito. Assim, diante de tais resultados o estudo concluiu que há uma clara lacuna a ser preenchida pelo Estado, em prol da necessária intervenção para coibir o crime organizado nos presídios nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Crime organizado. Estado. Intervenção. Presídios.

THE NECESSARY STATE INTERVENTION
TO COVER THE CRIME ORGANIZED IN
BRAZILIAN PRISONS

ABSTRACT: This study aimed to analyze the necessary state intervention to curb organized crime within Brazilian prisons. In view of the problem of the exacerbated growth of organized crime in Brazil, a situation that clearly affronts the principles that ensure order and social peace, as well as relativizing the efficiency of the state's duty in conceiving greater public safety for Brazilians. In line with these ideals, the research used bibliographic review and data collection and analysis methodologies, focusing on the analysis of works produced by other authors, within a priority time frame of 11 (eleven) years, that is, works published between the years 2010 to 2021, except for the cases of classical doctrines and

pertinent legislation. Such works were searched in Google Academic and Scielo databases. Given the results of the research, it was evident that organized crime has a strong power within Brazilian prisons, mainly due to the use of electronic equipment, such as cell phones, which allows criminal organizations to command actions from within the prison system. It also became evident that there are several mechanisms employed by the State to try to mitigate the actions of organized crime in Brazilian prisons, such as the use of telephone signal blockers, but all measures have not been successful. Thus, given these results, the study concluded that there is a clear gap to be filled by the State, in favor of the necessary intervention to curb organized crime in national prisons.

KEYWORDS: Brazil. Organized crime. State. Intervention. Prisons.

1 | INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade organizada no Brasil é uma realidade que alcança os presídios do de todo país, onde a presença do crime organizado (PCC, Comando Vermelho e outras facções) é ostensiva. Tal constatação exige que sejam buscadas ferramentas para o combate ao crime organizado dentro dos presídios brasileiros (RIBEIRO FILHO, 2020).

Para Souza (2019) uma das grandes dificuldades do setor de segurança pública no Brasil é o combate ao crime organizado dentro das penitenciárias, se o Estado é quem detém o poder de punir, ao prender um criminoso e o manter preso com os impostos dos cidadãos cabe a ele assegurar a finalidade da pena, o que claramente não tem ocorrido.

É fato notório que os presídios brasileiros, em sua maior parte, não reúnem condições para promover a segurança em seu interior, grande parte de suas estruturas foram construídas no século passado e não dispõe de tecnologias disponíveis hoje para coibir as ações do crime organizado (NUCCI, 2019).

O principal meio de comunicação das organizações criminosas é o celular, é através dele que os líderes das organizações se comunicam e dão as ordens de dentro dos presídios, quais leis que criminalizam a conduta quanto ao uso do aparelho celular pelo preso, e quais as tecnologias criadas e colocadas em prática para tornar infrutífera a tentativa de comunicação do preso com os comparsas que estão agindo fora das muralhas dos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020).

Isto posto, é de grande importância a realização de um estudo que investigue o contexto do crime organizado dentro dos presídios nacionais, tomando por base os apontamentos doutrinários, estatísticos e legais. Por isso, o tema abordado pelo estudo é: “a necessária intervenção estatal para coibir o crime organizado nos presídios brasileiros”. A questão norteadora da pesquisa foi definida como: “o Estado tem se posicionado de forma eficiente no combate ao crime organizado no interior dos presídios nacionais ou há uma carência de necessária intervenção”?

A justificativa social para a realização do trabalho se encontra nos evidentes problemas oriundos da atuação do crime organizado no Brasil, havendo assim a necessidade de um combate em face de tal problemática que relativizam os princípios do

Estado Democrático de Direito. Já a justificativa acadêmica se encontra na necessidade de despertar nos discentes de Direito a capacidade de analisar criticamente as problemáticas fáticas do seu meio de atuação profissional.

As metodologias adotadas pelo estudo foram a de revisão bibliográfica e a de análise documental. A primeira possibilitou que os autores analisassem a temática através das perspectivas de outros autores, contextualizando o estudo de forma embasada. Já a segunda possibilitou a análise de dados legais, tais como os dados apresentados pelas legislações e estatísticas que foram fundamentais para demonstrar o contexto fático da temática.

Na busca das obras analisadas pelo presente estudo se adotou um marco temporal de 11 (onze) anos, ou seja, obras produzidas entre os anos de 2010 a 2021, salvo para obras clássicas sem versões atuais e para as legislações pertinentes. Além disso, o estudo adotou critérios de busca e seleção que, além do marco temporal, buscou obras produzidas no idioma português e com grande pertinência temática com esta pesquisa. Os critérios de exclusão se permearam pela ausência de um ou mais dos critérios de seleção. Ademais, tais obras foram buscadas em base de dados como Google Acadêmico e Scielo, além de sites legais como o Planalto, STJ e STF.

O objetivo do presente trabalho foi promover uma reflexão crítica sobre a atuação do crime organizado dentro dos presídios brasileiros e estudar as ações do Estado através da inovação da legislação penal e as políticas públicas implementadas com o objetivo de conter o avanço do crime organizado dentro das penitenciárias brasileiras, demonstrando se há eficiência na intervenção ou se a mesma necessita ser ampliada.

Para isso, os objetivos específicos buscaram: contextualizar organização criminosa e crime organizado; demonstrar o histórico do crime organizado no interior dos presídios brasileiros; evidenciar a problemática das prisões contemporâneas e a atuação das organizações criminosas nos presídios; abordar o uso de tecnologias como meio de inibir a atuação do crime organizado nos presídios, demonstrando a eficiência das mesmas; verificar a necessária intervenção estatal em face da mitigação do crime organizado nos presídios brasileiros.

Assim sendo, o estudo se subdividiu em capítulos que objetivam abordam os objetivos específicos de forma exaustiva, dentro da perspectiva doutrinária, jurisprudencial e legal, de modo a extrair os resultados necessários para embasar as considerações finais da pesquisa.

2 | CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CRIME ORGANIZADO

É cediço que o crime organizado se trata de um dos piores e maiores problemas enfrentados, hodiernamente, pela sociedade brasileira, bem como pelo próprio Estado Democrático de Direito. Tal agravamento se dá pela amplitude dos efeitos colaterais

decorrentes dos delitos praticados pelas organizações criminosas dentro e fora dos presídios nacionais. Efeitos esses que alcançam uma dimensão incalculável para a sociedade e deturpam diretamente as normatizações em vigência no Brasil (LACERDA, 2018).

Todavia, o crime organizado possui ramificações históricas no escopo das sociedades, não sendo diferente no Brasil. Antes de adentrar na contextualização histórico-social do crime organizado nos presídios brasileiros, é de grande importância conceituar o crime organizado produzido pelas organizações criminosas, sob o prisma conceitual apresentado por alguns doutrinadores. Assim, numa concepção doutrinária majoritária, se pode atestar que a conceituação de organização criminosa é complexa e controversa, tal como a própria atividade do crime inserida nesse contexto (NUCCI, 2019).

Ainda que se refira ao crime organizado com uma ramificação que apresenta uma complexibilidade para se conceituar, o doutrinador Nucci (2019, p. 17) define organização criminosa ou crime organizado, como:

[...] a organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pode-se sustentar que a organização criminosa tem a visível feição de uma empresa, distinguindo-se das empresas lícitas pelo seu objeto e métodos ilícitos.

No mesmo diapasão, a Lei Nº 12.850 de 2013, popularmente chamada de Lei do Crime Organizado, foi promulgada para versar sobre as organizações criminosas, traz em face do seu art. 1º, § 1º, a definição legal de organização criminosa, sendo essa, no verbo:

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Notoriamente, a conceituação doutrinária segue os parâmetros legais para a definição de uma organização criminosa. Nesse vértice, diante da compreensão do que se trata uma organização criminosa, se pode extrair a conceituação do crime organizado que, em linhas gerais, é o crime praticado por tais organizações. Segundo Nucci (2019) o crime organizado nada mais é do que aquele derivado das organizações criminosas, tomando por base a definição legal em vigência para este tipo de associação.

De acordo com Reginato e Moreira (2015) a primeira legislação a trazer uma conceituação de crime organizado no Brasil foi a Lei Nº 9.034 de 1995, atualmente revogada e, posteriormente, a Lei Nº 10.217 de 2001, cujo alterou alguns artigos da lei de

1995 para autorizar a interceptação da comunicação, bem como a infiltração de policiais nas organizações criminosas no Brasil.

Contudo, apontam os referidos autores que ambas as legislações não traziam um conceito apropriado para crime organizado, havendo assim uma lacuna legislativa que levou o país a adotar o conceito produzido pela Convenção de Palermo, ou, a também denominada, Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a qual apresentava o conceito de crime organizado como sendo uma estrutura de 3 (três) ou mais pessoas, formadas por um tempo pré-existente e que atuam com a intenção de cometer uma ou mais infrações graves, a fim de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou material (REGINATO; MOREIRA, 2015).

O disciplinamento das organizações criminosas em nosso país ganhou novos ares com a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004. Isso porque, pionieramente, descontou-se o conceito de “grupo criminoso organizado” (art. 2.º, “a”), não, porém, sua tipificação (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 37-38).

De modo a apresentar uma definição normativa mais completa sobre organização criminosa e, de fato, tipificar a ação no Brasil, foi justamente a Lei Nº 12.850/13 que preencheu tal lacuna legislativa, apresentando assim a conceituação sobre organização criminosa, acima mencionada, de onde também se pode extrair o próprio conceito de crime organizado (MASSON; MARÇAL, 2015).

Doravante, como já mencionado nos primeiros parágrafos deste capítulo, o crime organizado não se trata de um fenômeno novo na sociedade brasileira, mas possui uma estrutura histórico-social que foi tomando proporções ainda maiores ao longo dos anos. Dessa maneira, é imprescindível para este estudo a realização de uma breve análise sobre o contexto histórico do crime organizado, principalmente no tocante ao crime organizado dentro dos presídios nacionais. Assunto que pode ser verificado no escopo do próximo capítulo.

3 I HISTÓRICO DO CRIME ORGANIZADO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

De acordo com Cruz *et al.* (2020) aferir o surgimento do crime organizado não é uma tarefa fácil, mas é sabido que não se trata de um fenômeno atual. No Brasil, definir o surgimento do crime organizado é ainda mais complexo, principalmente pela existência de uma divergência doutrinária sobre o assunto (COSTA, 2017).

Existem estudos que afirmam que quando ainda éramos colônia de Portugal os criminosos que lá existiam eram enviados para o Brasil e, como pena de seus delitos, por aqui ficavam como punição pelos seus crimes. O Brasil funcionava como um exílio para os criminosos de Portugal (CRUZ *et al.*, 2020).

Preconiza Costa (2017) que outros autores apontam que o crime organizado no Brasil foi antecedido pelo cangaço, no final do século XIX. Já outros doutrinadores afirmam que tal origem decorreu a partir da existência do jogo do bicho, idealizado pelo Barão de Drumond (COSTA, 2017).

Diante dessa instabilidade apresentada pela doutrina para afirmar o surgimento do crime organizado no Brasil, há de se destacar o que pontua Oliveira (2019) onde destaca em seu estudo a inexistência de uma pesquisa sistemática que vise identificar a real origem das organizações criminosas e do crime organizado no Brasil.

Todavia, é cediço que o crime organizado não possui uma origem recente, mas que ganhou força ao longo dos anos e tomou dimensões que hoje se apresentam como preocupações latentes a serem enfrentadas pelo Estado. Nesse contexto, há de se destacar que as dimensões alcançadas pelas organizações criminosas se fazem presente tanto fora dos presídios, quanto dentro dos mesmos, o que acaba por ampliar a dimensão da problemática e confrontar o Estado em face das suas normatizações vigentes (NUCCI, 2019).

No desenrolar histórico do surgimento do crime organizado nos presídios brasileiros, afirma Oliveira (2019) que a primeira organização criminosa percebida no ensejo do encarceramento nacional foi o Comando Vermelho (CV) ou o também chamado de Falange Vermelha (FV), por volta da década de 1970, recebendo essa nomenclatura em alusão à galeria do presídio situado em Ilha Grande, no Rio de Janeiro.

No livro produzido por Amorim (2011) a história do Comando Vermelho é abordada em detalhes. O referido autor afirma que tal organização criminosa surgiu, mais especificamente, por volta do ano de 1979, através da associação de reclusos do Instituto Penal Cândido Mendes, popularmente conhecido como Caldeirão do Diabo. Ele ainda se refere ao Comando Vermelho como sendo uma organização fruto da opressão produzida pela Ditadura Militar no Brasil (AMORIM, 2011).

[...] um filhote da ditadura militar. Criado na cadeia onde a repressão jogou, juntos, presos políticos e comuns, cresceu no vazio político e social ao qual o capitalismo selvagem relegou a grande massa, o povo das favelas, da periferia. Filho da perversa distribuição de renda, da falta de canais de participação política para esse povo massacrado, o Comando Vermelho pôde parodiar impunemente as organizações de esquerda da luta armada, seu jargão, suas táticas de guerrilha urbana, sua rígida linha de comando. E o que é pior: com sucesso (AMORIM, 2011, p. 5).

Um questionamento produzido por Nucci (2019) coaduna perfeitamente com a concepção de Amorim (2011) sobre a presença de forças políticas dentro das organizações criminosas, como um fator de fortalecimento destas organizações e de sucesso do crime organizado. Assim, o aludido doutrinador destaca em sua obra, na íntegra, que:

Vamos além, com o fito de demonstrar a inserção do crime organizado nas estruturas de poder político do Estado. Seja qual for o objetivo da organização

criminosa, a sua atuação, em algum ponto e sob determinada medida, termina por se sustentar pelo apoio de servidores públicos mancomunados e aliciados, integrantes do esquema, direta ou indiretamente (NUCCI, 2019, p. 18).

Ainda que seja de suma importância para este estudo destacar a crítica doutrinária tecida numa concepção política-criminal e devidamente destacada acima, a qual será devidamente abordada mais adiante, é importante aqui se ater aos demais aspectos sobre o histórico do crime organizado nos presídios brasileiros. Nesse sentido, aludem Martins e Machado (2016) que entre os anos de 1992 a 1993 foi possível identificar a presença mais forte do crime organizado nos presídios brasileiros, através da formação do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Para Martins e Machado (2016) a organização do PCC se deu, definitivamente, no mês de agosto de 1993, na Casa de Custódia de Taubaté, situada em São Paulo e sendo essa considerada um dos presídios mais seguros do Estado. Os autores destacam que, durante uma partida de futebol, houve ocorrências de brigas intensas entre os custodiados e alguns deles se uniram e estabeleceram um pacto de “solidariedade”, formando assim o PCC, organização também conhecida pela sequência 15.3.3, onde o 15 representa a letra P do alfabeto, enquanto 3 representa a letra C (MARTINS; MACHADO, 2016).

O estudo produzido por Souza (2019) reafirma que o CV e o PCC foram as primeiras organizações criminosas no sistema prisional brasileiro, as quais deram ensejo para o crime organizado dentro do encarceramento. Afirma ainda o referido autor que, ao longo dos anos seguintes, o crime organizado ganhou ainda mais dimensão dentro dos presídios no Brasil, quer seja pela ampliação da rede de associação do CV e do PCC, ou através do surgimento de diversas outras organizações criminosas (SOUZA, 2019).

O aludido supra, apresenta o surgimento de outras organizações criminosas nos presídios nacionais, tais como: Amigo dos Amigos (ADA), originada na década de 1990 na cidade do Rio de Janeiro, pela união de alguns integrantes do próprio PCC à outros criminosos; o Terceiro Comando (TC), organização formada por volta da década de 1980, por componentes do próprio Comando Vermelho, na cidade do Rio de Janeiro; e o Terceiro Comando Puro (TCP), organização criada após a morte de alguns líderes do Terceiro Comando e do Amigo dos Amigos, no ano de 2002, no presídio de segurança máxima de Bangú I, no Rio de Janeiro (SOUZA, 2019).

Com o passar dos anos, é notória a dimensão que hoje assume o crime organizado nos presídios de todo o país, onde as organizações criminosas supramencionadas não se atêm apenas ao local de sua origem, mas possuem adeptos em todo o território nacional, dentro e fora dos presídios, o que corrobora para ampliar a força do crime organizado no país. Nesse sentido, apontam Reginato e Moreira (2015) que o crime organizado no interior dos presídios se apresenta como um poder paralelo ao Estado, haja vista que controla a massa carcerária e possuem adeptos fora de tais presídios que atuam com total fidelidade

aos seus líderes.

Martins e Machado (2016) afirmam que o poder atual do crime organizado se apresenta como uma afronta ao poder de responsabilidade estatal, uma vez que as organizações criminosas são capazes de coordenar toda uma cadeia de transações ilícitas dentro e fora dos presídios.

Assim, o crime organizado dispõe de grande aparato que o possibilita lograr êxito frente ao Estado, onde o poder e o lucro passou a ser seu objetivo fim, desvinculado do que lhe deu origem que era combater a opressão do Estado dentro dos presídios brasileiros na época da Ditadura Militar e da violação de seus direitos fundamentais. Agora as organizações criminosas buscam lucro e poder, o que pode ter contribuído para o aumento das organizações criminosas no Brasil (SOUZA, 2019).

De acordo com dados estatísticos apresentados pelo Ministério de Segurança Pública Nacional (2018), se pode perceber que atualmente cerca de 70 organizações criminosas atuam em todo o território nacional (GOMES, 2018). Traçando um comparativo de que a primeira organização criminosa foi percebida por volta da década de 1970, através da formação do Comando Vermelho, se pode reconhecer que apenas num lapso temporal de 5 (cinco) décadas o crime organizado tomou proporções estarrecedoras no Brasil (CRUZ et al., 2020).

Isto posto, é imprescindível para este estudo a realização de uma análise sobre as prisões contemporâneas no Brasil, contextualizando o poderio obtido pelas organizações criminosas. Haja vista que tais organizações cada dia mais aliciam reclusos para integrarem suas associações, ampliando assim a sua rede e, consequentemente, a dimensão do crime organizado no país. Tal assunto será apresentado pelo próximo capítulo do estudo, de forma fundamentada na doutrina e em dados estatísticos.

4 | PRISÕES CONTEMPORÂNEAS E A CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Como bem destacado por Oliveira (2019) é justamente em face do aliciamento de encarcerados que o crime organizado instalado dentro dos presídios nacionais toma maiores proporções e ganha força a cada dia. De acordo com o estudo do aludido autor aqui destacado, se pode notar que a força das organizações criminosas é de amplitude nacional, possuindo dimensões diferenciadas em cada região do país, mas que, assim como ocorrido ao longo dos anos, irá se intensificar ainda mais se não houver um posicionamento mais eficiente da estrutura de controle do Estado (OLIVEIRA, 2019).

Nas últimas décadas, mais especificamente a partir da década de 1990, inúmeros são os registros de rebeliões e incêndios provocados dentro e fora dos presídios nacionais, o que acaba por evidenciar o poderio do crime organizado no interior de tais instituições, bem como a falência do Estado diante do controle interno e externo da ordem pública (SOUZA, 2019).

Destaca ainda Oliveira (2019) em seu estudo que o próprio PCC é conhecido pelas mais diversas rebeliões e incêndios promovidos no interior dos presídios nacionais, como o episódio ocorrido no ano de 2006, onde a organização deu voz, de dentro do presídio, para o ataque praticado (fora do presídio) contra as forças de segurança pública do Estado de São Paulo, promovendo assim uma rebelião que provocou 69 (sessenta e novo) atentados, bem como a morte de 27 (vinte e sete) policiais e 1 (um) civil.

Diante do exposto supracitado, há de se perceber que o sistema prisional brasileiro tem apresentado uma inércia que, para alguns doutrinadores, materializa a falência de tal sistema, uma vez que o objetivo estatal de ordem social não tem sido promovido pelas instituições de acolhimento prisional do Brasil (SOUZA, 2019).

A superlotação das cadeias nacionais e a escassez da concessão de direitos básicos aos reclusos, são situações apontadas por alguns autores como propulsoras do fortalecimento do crime organizado no interior dos presídios. A justificativa para tal afirmação se encontra no acolhimento fornecido por tais organizações em face da “revolta” existente nos reclusos diante da segregação estatal empregada sob o sistema punitivo, que passa a ser conceituado por parte da doutrina como um sistema baseado no Direito Penal do Inimigo (NUCCI, 2019).

O contexto fático-social contemporâneo apresentado pelos presídios nacionais acaba por exigir do Estado uma maior eficiência em face do combate ao crime organizado no País, tendo em vista que as medidas adotadas até o presente momento parecem não ter surtido efeitos positivos (NUCCI, 2019). Todavia, é cediço que alguns mecanismos de controle são empregados pelo Estado para inibir a ação praticada pelo crime organizado dentro e fora dos presídios no Brasil. Assim, o próximo capítulo do estudo apresentará uma contextualização sobre as tecnologias adotadas em face de tal inibição.

5 I TECNOLOGIAS ESTATAIS DISPONÍVEIS PARA INIBIR AÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

Ao Estado é atrelada a função do controle e da ordem pública, o qual deve dispor de meios preventivos e corretivos que visem sanar a problemática que assola a segurança pública na sociedade brasileira. Por outro lado, as instabilidades que afrontam a ordem social deixaram de ter cunho estritamente externo ao sistema prisional, se materializando com grande força no interior de tal sistema, o que acaba por relativizar o posicionamento do Estado diante do combate ao crime organizado e exigir do mesmo o emprego de ferramentas que mitiguem a ação destas organizações criminosas (SOUZA, 2019).

De acordo com Lacerda (2018) o bem jurídico tutelado me face do combate ao crime organizado sem dúvidas é a paz social. Assim, qualquer incriminação ou contenção aplicada em face das condutas ilícitas materializadas pelas organizações criminosas irão visar a proteção da ordem e da paz pública da sociedade (LACERDA, 2018).

Diante do objetivo de assegurar a materialização de ordem e a preservação da

paz social, é cediço que o Estado de dispõe de um arcabouço de tecnologias que age em prol da mitigação das ações praticadas pelo crime organizado no Brasil. Nesse momento do presente estudo, cumpre aqui destacar que a própria Lei Nº 12.850/13, que dispõe as diretrizes para combater as organizações criminosas no Brasil, menciona um rol atividades estatais que podem ser empregadas em face do recolhimento de provas, bem como para promover a inibição das ações do crime organizado (BRASIL, 2013).

Para alcançar uma redução das ações do crime organizado, são necessárias inúmeras estratégias e mudanças de operações em penitenciárias, mas os maiores impactos podem vir da integração de tecnologias e informações que podem ajudar na prevenção do crime no Brasil (SOUZA, 2019). Como demonstrado anteriormente, a força do crime organizado dentro dos presídios é intensa, onde tais organizações possuem um forte poderio tecnológico para gerir as atividades criminosas praticadas no ambiente externo ao sistema penitenciário (CRUZ *et al.*, 2020).

O uso de aparelhos celulares no interior dos presídios nacionais, apesar de ser proíbido, se trata de uma realidade latente que acaba por favorecer as organizações criminosas em face do controle interno e externo. No livro produzido por Manso e Dias (2018) onde se narra a história e ascensão do PCC, bem como a evolução do crime organizado no Brasil, os autores demonstram claramente a amplitude do arcevo tecnologico em poder das organizações criminosas.

Tal contextualização fica evidenciada pela obra ao abordar o massacre promovido pelo PCC no interior de um presídio situado no Estado de Roraima, no ano de 2016, onde, cerca de 10 (dez) pessoas foram assassinadas de forma brutal e, automaticamente, imagens da barbárie foram vazadas através de aparelhos celulares em posse dos reclusos, principalmente daqueles associados a referida organização criminosa (MANSO; DIAS, 2018).

De acordo com os autores supramencionados “a novidade durante a crise nos presídios seria o uso constante dos aplicativos, com rebeliões e carnificinas fotografadas, filmadas e noticiadas em tempo real pelos próprios presos, numa espécie de “TV prisão”” (MANSO; DIAS, 2018, p. 45). Outros autores mencionam claramente que a posso de aparatos tecnológicos, como os aparelhos celulares, ampliam a manipulação das organizações criminosas em face do controle interno e externo das atividades por elas praticadas, tais como o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, dentre outras (OLIVEIRA, 2019).

De acordo com Ribeiro Filho (2020) as organizações criminosas atuam dentro dos presídios com certa autonomia para agir e impor suas regras, tomando por base aquilo que se comprehende sobre o objetivo do próprio sistema carcerário e das instituições correlacionadas a este contexto, os quais deveriam assumir o controle que, nos dias hodiernos, está nas mãos do crime organizado.

O contrabando de aparelhos celulares é, sem dúvida, o pior tipo de contrabando

existente dentro do sistema carcerário, uma vez que permite ao crime organizado a continuação das práticas ilícitas dentro e fora de tais instituições públicas. A vantagem oportunizada pelos aparelhos celulares é justamente a possibilidade de coordenar as mesmas atividades criminosas que levaram tais presos para o sistema de reclusão, tendo em vista que as linhas telefônicas comuns dos presídios costumam ser mais monitoradas (RIBEIRO FILHO, 2020).

Ainda de acordo com o autor acima destacado, é mais do que evidente que o uso de aparelhos celulares corrobora com o comando das organizações criminosas, bem como com a organização de fugas, rebeliões, retaliações, ameaças e outras práticas que deveriam inexistir dentro do sistema carcerário. Tendo em vista que impossibilita a própria materialização dos objetivos atrelados a Lei Nº 7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execuções Penais (LEP), a qual dispõe em seu art. 1º que a intenção das penas é ressocializar o preso, o que não acontece diante da força das organizações criminosas no interior das cadeias e presídios (BRASIL, 1984; RIBEIRO FILHO, 2020).

Schwalbert (2017) aponta que diversas são as tentativas desprendidas pelo Estado para tentar inibir a entrada de aparelhos telefônicos, armas, drogas, dentre outros objetos que podem facilitar a atuação do crime organizado dentro e fora dos presídios nacionais. Para isso, hodiernamente, o sistema prisional apresenta um rol de medidas preventivas como a revista íntima, o banco magnético, os aparelhos de raio X, a interceptação telefônica e, a mais nova medida, o bloqueador de sinal telefônico (SCHWALBERT, 2017).

Diante de todos os aspectos que foram apresentados no escopo do presente capítulo, é de grande importância dedicar um tópico deste estudo para abordar, especificamente, a questão do bloqueio telefônico utilizado pelo Estado para inibir as ações do crime organizado nos presídios nacionais. Assunto que será oportunizado pelo próximo capítulo.

6 | BLOQUEADORES DE SINAL TELEFÔNICO

Por muito tempo a necessidade de bloquear o sinal telefônico nos presídios nacionais foi pauta de diversas discussões estabelecidas no âmbito político-social, tendo em vista o poderio que os aparelhos telefônicos concedem ao crime organizado dentro dos presídios. Além disso, a ineficiência das outras medidas preventivas que visam inibir a entrada de tais aparelhos no sistema prisional, como a revista íntima e o próprio banco magnético, levou as esferas políticas a indagarem a necessidade de uma nova modalidade de intervenção estatal em face do crime organizado instaurado no sistema penitenciário do Brasil (RIBEIRO FILHO, 2020).

Para Schwalbert (2017) os bloqueadores de sinal telefônico se trata de outro meio de prevenção estatal, tendo como finalidade o bloqueio da comunicação estabelecida por meio de um aparelho celular. Para a referida autora, tal bloqueio decorre justamente da interferência de sinal, ou seja, os aparelhos bloqueadores produzem um sinal na mesma

frequência dos aparelhos telefônicos, o que acaba pro provocar certa interferência, impedindo que a comunicação seja estabelecida (SCHWALBERT, 2017).

No mesmo diapasão, a jurisprudência pátria já corroborava para a percepção da necessidade de implantação de tais bloqueadores no sistema prisional brasileiro. Como se pode verificar através da ementa fracassada, produzida pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), onde fica evidenciada a ação do crime organizado em face de distribuição interna de aparelhos celulares. Segue a ementa abaixo, no verbo:

Ementa: Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Pronunciamento anterior da Segunda Turma do STF sobre as mesmas alegações da defesa (ARE 774.815). 3. Alegação de ausência de fundamentação quando da fixação do regime prisional e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inviabilidade. 4. **A recorrente colaborava com a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC), corrompendo agente penitenciário para que entregasse aparelho celular e baterias a detentos integrantes da referida organização, com o fim de permitir a perpetuação de práticas ilícitas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais.** 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – RHC 122132 AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Min.: GILMAR MENDES, Julgamento: 05/08/2014, Publicação: 27/08/2014, grifo dos autores).

Na decisão acima proferida, o STF negou o pedido de Habeas Corpus (HC) em face de uma ré que integrava a organização criminosa PCC e tentou aliciar um agente penitenciário para entregar aparelho celular e baterias a detentos que integravam a mesma organização. Notoriamente, a funcionalidade dos aparelhos celulares no interior dos presídios nacionais era vista como um problema que impactava nas demais medidas preventivas adotadas pelo Estado em prol do impedimento de entrada de tais aparelhos nos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020).

Schwalbert (2017) já apontava que o bloqueio do sinal telefônico no interior dos presídios poderia ser uma medida de maior eficácia para combater o poderio tecnológico do crime organizado, tendo em vista que tais aparelhos se tornariam inúteis e reduziria assim a amplitude do comando estabelecido pelas organizações criminosas (SCHWALBERT, 2017).

De acordo com Ribeiro Filho (2020) desde o ano de 2003 tramitava no Senado um Projeto de Lei (PL) que visava a implantação de bloqueadores de sinal telefônico no interior dos presídios e cadeias nacionais. Tendo em vista que, apesar das operadoras terem franqueado um maior acesso, de forma até irrestrita, para que o Estado e as forças de segurança pudesse obter um maior controle do crime organizado, isso vinha se demonstrando ineficiente para mitigar o poderio tecnológico das organizações criminosas (RIBEIRO FILHO, 2020).

A PL referenciada por Ribeiro Filho (2020), por N° 32, foi aprovada apenas no ano de 2018, tendo ainda uma vacância de 15 (quinze) anos entre a sua apresentação e sua

aprovação no Congresso Nacional. A ementa da referida PL menciona, *in verbis*, que o seu objetivo é:

Institui a obrigatoriedade da instalação, em 180 dias, de bloqueadores de sinais de telecomunicação para telefones celulares e estabelece a aplicação dos recursos do FUNPEN na instalação, custeio e manutenção do bloqueio de sinais de telecomunicação para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios, em estabelecimentos penitenciários e análogos (BRASIL, 2018).

Remetida à Câmara dos Deputados ainda no ano de 2018, a normatização em tramitação passou a ter a definição de PLP Nº 470/2018. Tal PL foi aprovada também na Câmara dos Deputados no ano de 2019, autorizando assim a aplicação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ou, 6 (seis) meses, para que seja feita a instalação de bloqueadores telefônicos em todos os presídios nacionais (BRASIL, 2018; 2019).

É oportuno aqui destacar que, mesmo antes da PL acima mencionada, a própria Lei Nº 12.850/13 já previa a instalação de bloqueadores de sinal telefônico nos presídios. Todavia, não existia a previsão de um prazo legal para que tal instalação ocorresse, o que passou a ser estipulado pela PL Nº 32/18 ou PLP Nº 470/2018 (BRASIL, 2018; RIBEIRO FILHO, 2020).

A partir da existência do referido diploma legal, a implantação dos bloqueadores de sinal telefônico nos presídios nacionais passou a ser vislumbrado como um mecanismo obrigatório, para que assim o Estado pudesse ter um maior controle sobre as ações do crime organizado, mitigando-as (RIBEIRO FILHO, 2020). Na leitura da explicação da ementa da PL Nº 32/18, se pode perceber que a mesma objetiva “a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional para a instalação de bloqueadores de sinais de telecomunicação para telefones celulares e aparelhos análogos em estabelecimentos penitenciários no prazo de 180 dias”.

No estudo promovido por Ribeiro Filho (2020) foi feito um comparativo entre o texto original da PL Nº 32 apresentado em 2003 e o texto reformado no ano de 2018. De acordo com o referido autor, a nova redação oportunizou modificações significativas e impactantes, uma vez que houve uma ampla redução na verba que deve ser direcionada para a instalação e manutenção dos bloqueadores (RIBEIRO FILHO, 2020).

Assim, o estudo ainda apontou que, do ano de 2019 ao ano de 2020, a redução na verba pública tem provocado a desativação de vários bloqueadores em diversos presídios situados nos estados nacionais, impedindo também que sejam feitas novas instalações nos presídios que ainda não possuem o equipamento (RIBEIRO FILHO, 2020).

Em face do estudo de Schwalbert (2017) já era possível identificar a existência de bloqueadores de sinal telefônico em alguns presídios nacionais após o advento da Lei Nº 10.792 de 2003, a qual dispunha em seu art. 4º, caput, que “Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para

telefones celulares, radiotransmissores e outros meios” (BRASIL, 2003).

A referida autora afirma que os altos custos atrelados a instalação e manutenção do equipamento provocou uma ineficiência de tal obrigatoriedade (SCHWALBERT, 2017). Assim, se esperou com o advento da PL Nº 32/18 que houvesse a aplicação de fundos necessários para que tal recurso passasse a ser implantado em todos os presídios nacionais. Todavia, conforme aduz Ribeiro Filho (2020), ainda hoje, os bloqueadores de sinal telefônico é uma realidade muito distante da maioria dos presídios nacionais, o que acaba por demonstrar uma falha na contenção da inibição das organizações criminosas.

Para Souza (2019) a funcionalidade dos bloqueadores de sinal telefônico tem sido comprovada por diversos países, principalmente os países Latino Americanos, os quais demonstram que este tipo de bloqueio tem sido 100% eficaz diante da mitigação do crime organizado no interior dos presídios.

Tomando por base o que foi discorrido até o presente momento do estudo, é importante analisar se, no campo fático, a intervenção estatal tem sido suficiente para mitigar a ação do crime organizado ou se aparenta insuficiências que precisam ser observadas e corrigidas. Assunto que será oportunizado pelo próximo capítulo do estudo.

7 | NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL

É de grande relevância para todo estudo científico, o confronto da problemática por ele percebida com os resultados apresentados pelo contexto fático onde tal problema esteja inserido. Dessa maneira, este capítulo se debruçará sobre a investigação da temática sob o prisma da jurisprudência pátria, de modo a evidenciar a realidade apresentada pela intervenção estatal aplicada ao crime organizado e institucionalizado.

Como já ficou atestado pelo estudo, o uso de aparatos tecnológicos têm sido o maior problema para o combate ao crime organizado, uma vez que, quando tal acervo tecnológico se encontra em posse das organizações criminosas corrobora diretamente para majorar o poderio de tais organizações dentro e fora dos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020). Problema este que já foi percebido por diversos países, os quais adotaram o bloqueio de sinal telefônico como mecanismo de mitigação, obtendo assim resultados satisfatórios (SOUZA, 2019).

Em decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, do STF, no ano de 2015, contextualizou perfeitamente os danos que podem decorrer da presença de aparelhos telefônicos no interior dos presídios, como se pode verificar na ementa infra destacada, na íntegra:

[...] incolumidade pública e à própria integridade de pessoas submetidas ao regime prisional no Brasil que o ingresso e uso de celulares em estabelecimentos prisionais provoca. **Os celulares nestes espaços de responsabilidade do poder público são gérmen de atos de corrupção e violência, constituindo verdadeira moeda de troca dentro de tais estabelecimentos. Cotidianamente são veiculadas na imprensa notícias**

que apresentam a cruel e dura realidade daqueles que se encontram em situação de encarceramento. Muitos presos são coagidos a fazer com que seus familiares tentem, ilicitamente, ingressar nos presídios levando consigo aparelhos celulares, chips, carregadores de bateria, para que sirvam ao uso dentro das penitenciárias. Muitas vezes, se assim não agirem, são submetidos a agressões físicas que podem se estender, inclusive, a entes queridos integrantes do núcleo familiar que estejam fora do estabelecimento prisional. Nesta perspectiva, a pena além de ofender o princípio da humanidade em relação ao próprio preso, ofende também o princípio de sua intranscendência no tocante ao seu núcleo de afeto. Relembre-se que a situação do sistema carcerário brasileiro está em discussão nesta Corte [...].

(STF – ADI 5356 MC, Min.: EDSON FACHIN, Julgamento: 18/05/2015, Publicação: 20/11/2015, grifo dos autores).

Claramente, o referido tribunal evidencia a problemática da presença de aparelhos telefônicos nos presídios nacionais. Não obstante, o Superior Tribunal Federal (STF), diante da decisão proferida em face do HC 635650 / ES, no ano de 2021, evidenciou o poderio encontrado pelos líderes das organizações criminosas diante do uso de celulares, os quais permitem que estes controlem as atividades do grupo, quer seja dentro ou fora dos presídios nacionais. Como se pode verificar abaixo, no verbo de parte da ementa:

Com efeito, não restou demonstrada a similitude fático-processual entre o paciente e os corréus, porquanto, pelo que se extrai dos autos, **o paciente é apontado como um dos líderes da organização criminosa, responsável por todo o funcionamento, organização e atividades do grupo, tendo ficado um ano foragido, dando ordens por telefone aos demais denunciados, quer diretamente ou através de seus “gerentes”.**

(STJ – HC 635650 / ES, Órgão Julgador: Quinta Turma, Min.: JOEL ILAN PACIORNIK, Julgamento: 23/02/2021, Publicação: 01/03/2021, grifo dos autores).

Indiscutivelmente, os aparelhos telefônicos são ferramentas que promovem o funcionamento do crime organizado. Claramente, o contexto fático apresentado pela jurisprudência denota que há uma extrema necessidade de fortalecimento da intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Fato esse constatado, principalmente, pela ineficácia no combate à presente de aparatos tecnológicos, possibilitando assim que as organizações criminosas continuem em atividade ferrenha nos presídios nacionais.

Destarte, apesar da previsão do crime de entrar com aparelho telefônico no ambiente dos presídios nacionais – tipificado pelo art. 349-A, do Código Penal brasileiro de 1940, com pena culminada em 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção –, é cediço que tal conduta continua a ser recorrente no país (BRASIL, 1940). Cenário esse que é comprovado pelos apontamentos jurisprudenciais já destacados neste capítulo de forma supracitada.

Diante da recorrência da entrada de aparelhos celulares nos presídios, no ano de 2020 foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3231/20, de autoria do

deputado Capitão Alberto Neto. Tal PL visa alterar os arts. 319-A e 349-A do Código Penal Brasileiro para ampliar a pena aplicada ao crime de entrada de aparelhos telefônicos, rádio ou similares nos presídios brasileiros (BRASIL, 2020). Notoriamente, se reconhece que o Estado deve apresentar uma intervenção mais robusta em face do combate ao crime organizado nas penitenciárias nacionais.

Nesse diapasão, aponta Costa (2017) que ao Estado cabe o dever de fornecer segurança e paz social, devendo assim se dispor da intervenção necessária para combater as instabilidades sociais, principalmente aquelas que decorrem das ações praticadas no interior dos presídios brasileiros. A referida autora destaca que o contexto atual demonstra a dificuldade do Estado em combater o crime organizado, ainda que existam previsões legais que disponham de aparatos pró mitigação das ações criminosas promovidas pelas organizações do crime (COSTA, 2017).

Por sua vez, alguns autores destacam a aplicabilidade da Lei de Execução Penal no combate ao crime organizado no interior dos presídios, bem como defendem o emprego de mecanismos mais eficientes em prol de tal combater, sem renunciar à preservação dos direitos e garantias assegurados aos reclusos, mas promovendo uma maior estabilidade diante do sistema prisional. Todavia, diante das condições fáticas apresentadas por este cenário, se pode perceber que os mecanismos adotados pelo Estado tem sido falho e inefficientes, havendo a necessidade de uma maior intervenção estatal para combater o crime organizado no Brasil (SOUZA, 2019).

8 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo científico teve por objetivo identificar a necessária intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Tendo em vista a problemática que coloca em voga o crescimento assustador das organizações criminosas no Brasil, bem como o poderio do seu comando e controle exercido, na maioria das vezes, de dentro dos presídios onde os líderes e integrantes cumprem pena.

Com base em todo o levantamento promovido por esta pesquisa foi possível extrair resultados que contemplam ao objetivo pré-definido pelo estudo. Assim, a priori, o estudo identificou que as organizações criminosas e o crime organizado sempre foram uma realidade dos mais diversos países do globo, não sendo diferente no Brasil.

No país em epígrafe, notoriamente, o crime organizado possui uma ramificação histórico-social, tendo efetivamente identificada a sua presença nos presídios brasileiros a partir da década de 1970, com o surgimento de diversas organizações criminosas como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital (PCC), dentre outras, que, nos dias atuais, representam mais de 70 organizações diferentes em todo o país.

Evidenciou-se também que o crime organizado foi originado e se encontra presente no seio dos presídios nacionais, com um poderio altamente sofisticado, se utilizando de

aparatos tecnológicos, como os aparelhos celulares, para manter ativa a máquina de funcionamento das ações ilícitas promovidas por tais organizações.

Por sua vez, ao Estado é cedido o dever de manter a ordem e a paz social, devem agir em prol da prevenção e do combate às ações que relativizam essa questão. Em face dos diversos prejuízos promovidos pelo crime organizado, o Estado dispôs, ao longo dos anos, de mecanismos que visam mitigar tais organizações, principalmente no tocante às ações promovidas por tais de dentro dos presídios do Brasil.

Ficou percebida, através da análise fática jurisprudencial, a ineficiência dos mecanismos empregados pelo Estado e a perpetuação do poderio do crime organizado no interior dos presídios de todo o Brasil. Diversas são as tentativas de evolução, como a implantação dos bloqueadores de sinal telefônico nos presídios brasileiros, mas há falhas no financiamento público que oportuniza tal implantação e manutenção.

Nesse vértice, o presente estudo identificou que há a clara necessidade de uma maior intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios nacionais, tomando como exemplo os resultados obtidos por outros países Latino-Americanos em face da mitigação da atuação de tais organizações criminosas.

Por fim, cumpre aqui sugerir que novos estudos sejam realizados em relação a presente temática, vislumbrando que o crime organizado é uma das maiores problemáticas das sociedades contemporâneas. Sugere-se então que se aplique estudos que busquem identificar a existência ou não de vieses políticos no escopo do financiamento do crime organizado, de modo a compreender a amplitude do problema abordado por tal contextualização.

REFERÊNCIAS

AMORIM, C. **CV-PCC: a irmandade do crime.** 11 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Versa sobre o Código Penal brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Versa sobre a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Versa sobre alterações promovidas na a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Versa sobre a Lei da Organização Criminosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

COSTA, J. C. **A atividade de inteligência no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul voltados ao combate do crime organizado.** Monografia, Pós-Graduação, Inteligência de Segurança, Universidade do Sul de Santa Catarina – SC, 2017, 64f. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4794/A%20ATIVIDADE%20DE%20INTELIG%c3%8aNCIA%20NO%20BRASIL%20E%20NO%20ESTADO%20DO%20RIO%20GRANDE%20DO%20SUL%20VOLTADOS%20AO%20COMBATE%20DO%20CRIME%20ORGANIZADO%20_ALUNO_JONAS_CANHADA_COSTA_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 mai. 2021.

CRUZ, M. D. T. et al. Crime organizado: uma abordagem sobre as facções dominantes no Brasil. **Rev.Bras. de Direito e Gestão Pública** (Pombal, PB), 8 (02), 182-192, abr./jun.2020. Disponível em: <https://www.editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7865/7466>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GOMES, P. H. **Cerca de 70 facções atuam no Brasil, diz ministro da Segurança Pública.** Globo, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/cerca-de-70-faccoes-atuam-no-brasil-diz-ministro-da-seguranca-publica-23035855>. Acesso em: 25 mai. 2021.

LACERDA, N. T. **Evolução histórica do crime organizado e sua tipificação à luz do advento da Lei nº 12.850/13.** Monografia, Graduação, Direito, UniEvangélica – Anápolis, 2018, 51f. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/757/1/Monografia%20-%20Nat%c3%a1lia%20Tobias.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MANSO, B. P.; DIAS, C. N. **A guerra:** a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

MARTINS, R. J. O.; MACHADO, S. C. organização criminosa nos presídios do Paraná: considerações sobre as possibilidades de combate mediante aplicação das garantias fundamentais do preso. **4º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais** – 2016 ISSN 2318-0633. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/593706e9719a5.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MASSON, C.; MARÇAL, V. **Crime organizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, G. S. **Organização criminosa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, L. M. **Da ascensão do crime organizado no Brasil e a evolução legislativa.** Monografia, Graduação, Direito, Centro Universitário de Lavras – MG, 2019, 48f. Disponível em: <http://200.216.214.230/bitstream/123456789/249/1/LEANDRO%5b1%5d.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

PLP 470/2018. **Câmara dos Deputados**, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167919>. Acesso em: 25 mai. 2021.

PL 3231/2020. **Câmara dos Deputados**, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254937>. Acesso em: 25 mai. 2021.

REGINATO, S. S.; MOREIRA, G. R. M. **O crime organizado no Brasil.** Artigo Científico, Graduação, Direito, Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, 2015, 20f.

RIBEIRO FILHO, S. L. S. **A tecnologia à serviço do crime:** meios de combate a prática delituosa dentro do sistema carcerário. Artigo Científico, Graduação, Direito, a Escola Superior Dom Helder Câmara, 2020, 12f. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/x2c7701f/5u1c411w/48pQ6M21ATH22hTu.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SCHWALBERT, P. A. **A problemática do uso de aparelhos telefônicos pelos presos nos presídios brasileiros.** Monografia, Graduação, Direito, Universidade de Passo Fundo – MG, 2017, 82f. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1384/1/CAR2017Paola%20Alexandra%20Schwalbert.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SENADO. **Projeto de Lei do Senado nº 32, de 2018 (Complementar).** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132167>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SOUZA, A. T. **Facções criminosas nos presídios brasileiros: dificuldades de enfrentamento ao crime organizado pelo Estado brasileiro.** Artigo Científico, Graduação, Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita) – PE, 2019, 28f.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **RHC 122132 AgR**, Órgão Julgador: Segunda Turma, Min.: GILMAR MENDES, Julgamento: 05/08/2014, Publicação: 27/08/2014.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **ADI 5356 MC**, Min.: EDSON FACHIN, Julgamento: 18/05/2015, Publicação: 20/11/2015.

STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). **HC 635650 / ES**, Órgão Julgador: Quinta Turma, Min.: JOEL ILAN PACIORNICK, Julgamento: 23/02/2021, Publicação: 01/03/2021.

CAPÍTULO 7

REVISTA VEXATÓRIA NOS PRESÍDIOS

Data de aceite: 02/08/2021

Flaviana dos Santos Oliveira Cruz

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
UNA de Betim

Sumye Ishy Laranjeiras

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
UNA de Betim

RESUMO: A presente pesquisa fará uma abordagem acerca da revista vexatória nos presídios. Parte-se de que a revista íntima de parentes de presos fere frontalmente o direito à intimidade, tendo em vista, haver vários métodos práticos e disponíveis ao Estado para conferir a segurança de um estabelecimento prisional, sem a necessidade de se ter contato íntimo com a pessoa a ser revisada. Com o advento da Lei de Execuções Penais, os presos adquiriram inúmeros direitos, inclusive o de livre visitação por parte do cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias previamente determinados pela administração prisional. Tais visitas surgiram com a intenção de contribuir para recuperação do detento, além do intuito de amenizar a solidão carcerária, visto que a presença da família e de pessoas queridas junto ao preso é absolutamente necessária para alcançar sua ressocialização. O objetivo deste estudo pauta-se em uma abordagem acerca do sistema carcerário brasileiro e a segurança nas visitas, uma análise sobre a revista vexatória e os princípios constitucionais violados e estudar a forma de conciliar a segurança nos presídios

e o direito de visitas dignas. A problemática da presente pesquisa se pauta na seguinte indagação: como conciliar a segurança nos presídios e o direito de visitas dignas? Para a realização desta pesquisa serão utilizadas fontes bibliográficas e documentais, a partir de outros estudos realizados e documentos que já discorrem sobre o tema. A delimitação do tema origina-se do raciocínio metodológico dedutivo, em que se verifica a necessidade de os Estados adotarem as medidas necessárias à adequação de seus protocolos de ingresso em presídios, considerando-se como protocolo geral o controle mecânico/tecnológico.

PALAVRAS-CHAVE: Revista Vexatória. Presídios. Dignidade da Pessoa Humana.

VEXATORY MAGAZINE IN THE PRESIDENTS

ABSTRACT: This research will approach the vexatious search in prisons. It is based on the fact that the intimate search of relatives of prisoners directly violates the right to privacy, in view of the fact that there are several practical and available methods to the State to ensure the safety of a prison establishment, without the need to have intimate contact with the prison. person to be reviewed. With the advent of the Criminal Executions Law, prisoners acquired numerous rights, including free visitation by their spouse, partner, relatives and friends, on days previously determined by the prison administration. Such visits arose with the intention of contributing to the detainee's recovery, in addition to alleviating prison solitude, since the presence of family and

loved ones with the prisoner is absolutely necessary to achieve their re-socialization. The objective of this study is based on an approach about the Brazilian prison system and security in visits, an analysis of the vexing journal and the constitutional principles violated and to study how to reconcile security in prisons and the right of dignified visits. The problem of this research is based on the following question: how to reconcile security in prisons and the right to dignified visits? To carry out this research, bibliographical and documentary sources will be used, based on other studies and documents that already discuss the topic. The delimitation of the theme originates from the deductive methodological reasoning, in which there is a need for States to adopt the necessary measures to adapt their protocols for admission to prisons, considering mechanical / technological control as the general protocol.

KEYWORDS: Revista Vexatória. Prisons. Dignity of human person.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo fará uma abordagem acerca das revistas vexatórias nos presídios.

A busca por segurança torna a sociedade permissiva quanto às leviandades praticadas pelo Poder Punitivo do Estado, provocando a violação de garantias fundamentais basilares inerentes ao homem, como é o caso da dignidade humana. Tais ações são validadas e justificadas através de medidas abusivas que são exercidas pelo próprio Estado, em prol de uma garantia de proteção, como no caso das revistas vexatórias nos presídios.

Familiares de pessoas presas são obrigadas a se despir completamente, agachar três vezes sobre um espelho, contrair os músculos e abrir com as mãos o ânus e a vagina para que funcionários do Estado possam realizar a revista. Bebês de colo, idosas e mulheres com dificuldade de locomoção, são todas massacradas da mesma forma, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Partindo dessa premissa, a problemática da presente pesquisa se pauta na seguinte indagação: como conciliar a segurança nos presídios e o direito de visitas dignas?

O objetivo deste estudo pauta-se em uma abordagem acerca do sistema carcerário brasileiro e a segurança nas visitas, uma análise sobre a revista vexatória e os princípios constitucionais violados e estudar a forma de conciliar a segurança nos presídios e o direito de visitas dignas.

Para a realização desta pesquisa serão utilizadas fontes bibliográficas e documentais, a partir de outros estudos realizados e documentos que já discorrem sobre o tema. A delimitação do tema origina-se do raciocínio metodológico dedutivo, em que se verifica a necessidade de os Estados adotarem as medidas necessárias à adequação de seus protocolos de ingresso em presídios, considerando-se como protocolo geral o controle mecânico/tecnológico.

2 | O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A SEGURANÇA NAS VISITAS

Infelizmente, as reportagens que veiculam em jornais, revistas e outros meios de

comunicação, é de que a realidade do sistema prisional brasileiro não está de acordo com os dispositivos da Lei de Execuções Punitivas.

A atual situação que se encontra o sistema penitenciário brasileiro é muito tão crítica que o Brasil está no *ranking* dos países com maior população carcerária do mundo, ocupando o quarto lugar, perdendo apenas para os Estados Unidos e China.¹

Neste sentido Greco² discorre:

Os direitos mais comezinhos, a exemplo da possibilidade de se alimentar dignamente, de tomar banho, utilizar energia elétrica, enfim, situações que, de modo algum, importariam em regalias para o preso, são desprezados, fazendo com que o sistema carcerário mais se pareça com as masmorras do período medieval.

Para o autor³, tal descaso com sistema penitenciário, no Brasil, reflete aquilo que a sociedade pensa, sobre como os presos devem ser tratados, ou seja, da pior forma possível.

Lado outro, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLIX⁴, é assegurado ao preso respeito à sua integridade física e moral. Mesmo antes da vigência do atual texto constitucional, a Lei de Execução Penal já inculcava essa garantia individual que hoje é constitucionalizada.

Na esfera infraconstitucional, tanto a quanto da Lei de Execução Penal assegura ao preso os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, além de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Isso significa que o preso no Brasil está obrigado, como qualquer pessoa que esteja em liberdade, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa somente em virtude de lei. Portanto, fora do que foi determinado na sentença, nada pode ser exigido do preso. Renato Marcão⁵ leciona que “o fato de se encontrar submetido ao cumprimento momentâneo da pena criminal não retira do executado seu status constitucional de pessoa de direito, impregnado de dignidade, e disso resulta o dever de respeito que a lei impõe a todas as autoridades”.

Neste sentido o art. 41 da Lei de Execuções penais⁶, dispõe em seu textos direitos previstos ao preso:

1 CONJUR. O Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos. 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo- 726-mil-presos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

2 GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 226.

3 GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

5 MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

6 BRASIL. **Lei de Execução Penal Nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

I – Alimentação suficiente e vestuário;

II – Atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social;

IV – Constituição de pecúlio;

V – Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – Entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X – Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incs. V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Dentre os direitos acima elencados, o que importa para o presente estudo é o que se refere ao inciso X, que trata sobre o direito de receber visita do preso de seu cônjuge, companheira, parentes e amigos.

2.1 Regulamentação legal

Com o advento da LEP, os presos adquiriram inúmeros direitos, inclusive o de livre visitação por parte do cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias previamente determinados pela administração prisional.

Como esclarece Nunes⁷, “Para a denominada visita íntima nunca houve previsão legal, tendo em vista que nasceu dos costumes e vem sendo permitida há muitos anos no país”. Tais visitas surgiram com a intenção de contribuir para recuperação do detento, além do intuito de amenizar a solidão carcerária, visto que a presença da família e de pessoas queridas junto ao preso é absolutamente necessária para alcançar sua ressocialização.

Nunes⁸ explica que:

[...] as visitas conjugais comumente são administradas pela gerência dos presídios, cabendo a cada unidade prisional selecionar e cadastrar os

7 NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.79.

8 NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 80.

visitantes. Pode acontecer que o diretor do presídio indefira o pedido de visita por parte de alguém, fazendo com que o conflito vá às mãos do juiz da execução, para que este decida.

Da decisão do juiz acerca do pedido de visita, caberá agravo, conforme a Lei 7.210/1984, art. 197.

Sobre esse tema, o STF decidiu, no HC 127685, que o *habeas corpus* não é meio processual adequado para o apenado obter autorização de visita de sua companheira no estabelecimento prisional.

2.2 Revista obrigatória

A questão relacionada à revista nas pessoas que queiram adentrar aos estabelecimentos prisionais é permitida, sujeita, entretanto, a regramentos.

O CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária⁹, por meio da Resolução 05/2014 consigna que a revista pode ser realizada, vedadas quaisquer formas de revista vexatória, desumana ou degradante, entendendo-se como tal, dentre outras situações:

- I – Desnudamento parcial ou total;
- II – Qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada;
- I – uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim;
- IV – agachamento ou saltos (CNPCP. 2014).

Conforme a resolução 05/2014 do CNPCP, a revista nos visitantes visa a segurança das pessoas que pretendem ingressar nas unidades prisionais, tanto em suas dependências como no interior, e que venham a ter contato direto ou indireto com pessoas privadas de liberdade, deve-se preservar a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada.

Ainda, segunda a resolução em comento, a revista deverá ser realizada com equipamentos eletrônicos e detectores de metais, aparelhos de raio-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de segurança capazes de identificar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos, ou, excepcionalmente, de forma manual.

Vários Estados já legislaram a respeito, bastando mencionar artigo de Sarlet¹⁰ intitulado Legitimidade Constitucional das revistas íntimas em presídio:

[...] Além disso, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – colacionados em decisão da 3ª Câmara Criminal do TJ-RS no voto do Relator Desembargador Diógenes Hassan Ribeiro –, diversos estados já vedaram práticas de revista vexatória, como a “Paraíba (Lei Estadual 6.081/2010), Rio de Janeiro (Resolução 330/2009 da Secretaria de Administração

9 BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução N° 5**, de 28 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25910835_RESOLUCAO_N_5_DE_28_DE_AGOSTO_DE_2014.aspx. Acesso em: 09 nov.2020.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **Legitimidade Constitucional das revistas íntimas em presídio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-06/direitos-fundamentais-legitimidade-constitucional-revistas-intimas-presidios>>. Acesso em: 09 nov.2020, p. 15.

Penitenciária), Rio Grande do Sul (Portaria 12/2008 da Superintendência dos Serviços Penitenciários), Santa Catarina (Portaria 16/2013 da Vara de Execução Penal de Joinville), São Paulo (Lei Estadual 15.552/2014), Espírito Santo (Portaria 1.575-S, de 2012, da Secretaria de Estado da Justiça), Goiás (Portaria 435/2012 da Agência Goiana do sistema de Execução Penal) e Mato Grosso (Instrução Normativa 002/GAB da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos).

A prática, entretanto, demonstra que há grande deficiência de equipamentos para realização das revistas, ensejando, não raras vezes, revistas vexatórias denunciadas sistematicamente.

Entende-se que a melhor solução é a inversão, vale dizer, após a realização da visita procede-se à revista no preso. Tal prática evitaria os inúmeros problemas que o cotidiano registra.

3 I REVISTA VEXATÓRIA

3.1 Princípios constitucionais violados

O processo Penal de atender às garantias constitucionais, desta feita não se pode mais pensar no mesmo, sem se pensar na Constituição como pano de fundo de toda a sua estrutura e objetivos. Não se trata de redundar no óbvio, argumentando-se que a Constituição, como ponto de partida, como fundamento máximo da ordem jurídica do Estado, deve estruturar qualquer ramo do direito positivo local em uma visão principiológica, ou seja, a partir dos princípios.

A Constituição Federal de 1988 representa a ordem suprema de todo ordenamento jurídico brasileiro, assim, todo o ordenamento legal ordinário deve seguir seus fundamentos e princípios, o que deverá refletir diretamente em toda sociedade, desta feita, encontra-se apta a orientar o legislador processual penal e o juiz no modo e na forma de julgar os crimes praticados. Configura-se então com a estrutura fundante do sistema penal, atuando no processo penal não só como fonte, mas sobretudo como filtro da incidência do direito penal.

Assim, os princípios são normas jurídico-constitucionais expressas, determinando um *faciendum* processual penal: em muitas situações, os espaços serão preenchidos entre a *ratio* processual penal e a *ratio* constitucional por meio de uma compreensão ordenada em que nela se incluem princípios constitucionais. Dentre eles, encontram-se diversos que possuem índole da Execução Penal.

3.1.1 *Dignidade humana*

No Brasil, a dignidade da pessoa humana constitui um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira de 1988 (CF, art. 1º, inc. III), que hoje é tido como pilar e fundamento de toda e qualquer sociedade pós-moderna.

Conforme Vieira de Andrade, citado por Guimarães¹¹, este princípio confere “[...] unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais”.

No entanto, como a hierarquia normativa é calçada pela Constituição, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana estende-se a todo o corpo normativo do Estado, sendo, portanto, aplicável ao Direito Penal.

Jorge Miranda citado por Guimarães¹², discorre acerca do tema: “[...] o princípio da dignidade da pessoa é vago, não podendo substituir, simplesmente, a ideia de liberdade negativa – referida à área de abstenção de atuação estatal – nas questões problemáticas concretas”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que estrutura todo o sistema de princípios. Trata-se do princípio-mestre do ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas jurídico-constitucionais e os direitos fundamentais, devem estar em harmonia com a ideia geral de dignidade humana. Para Silva¹³, “O postulado da dignidade da pessoa humana não é, portanto, criação constitucional, mas valor a que a Constituição decidiu atribuir máxima relevância jurídica mediante formulação principiológica (deontológica) e expressa incorporação ao sistema jurídico constitucional.”

Sarlet¹⁴ propõe uma conceituação do termo dignidade tomando por base suas duas dimensões: a positiva e a negativa. A positiva, no sentido de garantir a plena desenvoltura da pessoa, reconhecendo-se a sua liberdade em suas atuações, a sua autodisponibilidade e isento de interferências externas; por seu turno, a dimensão negativa da dignidade pressupõe a impossibilidade de a pessoa humana sofrer humilhações e ofensas que venham a denegrir sua imagem. E complementa a sua explicação, asseverando que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão aos demais seres humanos.¹⁵

Na acepção da palavra dignidade, sob a ótica hodierna e constitucionalista, por assim dizer, pode ser ela conceituada como o atributo por excelência do ser humano, enquanto

11 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal - Aspectos Conceituais do Processo Penal Constitucional - • Elementos do Garantismo Penal • Investigação Criminal • Ação Penal • Competência • Processos Incidentes • Questões Incidentes.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 69.

12 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal - Aspectos Conceituais do Processo Penal Constitucional - • Elementos do Garantismo Penal • Investigação Criminal • Ação Penal • Competência • Processos Incidentes • Questões Incidentes.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 70.

13 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 91.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **Legitimidade Constitucional das revistas íntimas em presídio.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-06/direitos-fundamentais-legitimidade-constitucional-revistas-intimas-presidios>>. Acesso em: 09 nov.2020, p. 60.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **Legitimidade Constitucional das revistas íntimas em presídio.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-06/direitos-fundamentais-legitimidade-constitucional-revistas-intimas-presidios>>. Acesso em: 09 nov.2020, p. 60.

ser racional e que, por ser um fim em si mesmo, tem a capacidade de concluir o que é certo e o que é errado, o que acarreta na sua autonomia, na sua liberdade de escolhas, munido de seu livre-arbítrio no agir, no pensar, no decidir. Segundo o entendimento esposado por Pereira:¹⁶

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

O princípio da dignidade humana representa a valorização máxima do homem, trata-se de proteger a pessoa contra qualquer ataque à sua dignidade como é o caso da revista íntima de parentes de presos.

Acerca das revistas íntimas e a dignidade da pessoa humana Nucci¹⁷, discorre que:

[...] a revista íntima de parentes de presos fere frontalmente o direito à intimidade [previsto na Constituição], visto haver diferentes métodos práticos para se conferir segurança a um estabelecimento prisional (detectores de metais, revistas de pertences, etc.), sem a necessidade de existir contato íntimo com o sujeito revistado, não podendo a ineficácia estatal justificar a violação da dignidade humana, especialmente no tocante à privacidade das pessoas, em sacrifício da segurança pública.

Assim, pode-se considerar que o ser humano tem seu próprio e inefável valor, que não se limita e não se compra com as riquezas desse mundo, posto que lhe é imanente, intrínseco, não podendo dele se dissociar, nem tampouco coisificado ou instrumentalizado, afinal, o homem por ser digno é um fim em si mesmo.

3.1.2 Intimidade e Privacidade

Prescreve o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. À vista disso, como se percebe, no mesmo dispositivo constitucional, foram alçados à proteção constitucional o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à imagem das pessoas.

A privacidade compreende numa visão difusa, todas as manifestações da esfera íntima e, portanto, essenciais à personalidade. O questionamento da inviolabilidade deste

16 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de doutorado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004, p. 68.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2, p. 1005.

direito reflete a importância de preservá-lo, e a “reserva da vida privada” compreende uma dessas manifestações da pessoa. Silva¹⁸ discorre acerca do direito à privacidade, argumentando que “[...] consiste no direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.” O autor atribui ao direito à privacidade uma dimensão maior, compreendendo todas as manifestações em âmbito íntimo, privado, da personalidade. “Como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida.”¹⁹

Conforme pontua Sampaio²⁰,

o direito geral à vida privada desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade, sem embargo, contida em certos desdobramentos materializantes [...]. Há de se ter presente que tais desdobramentos são produto de uma dada realidade social, econômica e política, perceptível pelo pensamento jurídico contemporâneo e, por ele, revelado.

Pode-se dizer que o direito à vida privada engloba a liberdade das pessoas em visitar seus parentes presos sem ter que passar por constrangimentos nas revistas íntimas.

3.1.3 Pessoalidade da Pena

A pena deve ser adequada ao fato e ao agente que o praticou. Tem seus limites máximos e mínimos previstos em cada tipo penal e o juiz deverá individualizá-la (CF, art. 5º XLVI). São penas previstas na Constituição: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens ou valores; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Para Nucci²¹ “[...] a individualização da pena tem por finalidade dar concretude ao princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso. E quanto a este, deve a sanção ser aplicada na justa e merecida medida.

Ainda, segundo Nucci²²:

A individualização da pena encontra vínculo com o princípio da humanidade, especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal, pois não é segredo serem as condições carcerárias no Brasil, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para se fazer o cumprimento da pena de modo humanizado, podando os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 202.

19 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 205.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Comentário ao art. 5º, X**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 277.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 95.

22 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.

cargos no Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios.

Assim, pelo princípio da individualização da pena deve ter seu conteúdo observado já no momento de elaboração da lei penal, de modo a atribuir patamar abstrato de pena adequado para que, em um momento posterior, o magistrado possa avaliar cada caso concreto e, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, tornar concreta a sanção penal.

3.1.4 Da Segurança

A Constituição Federal, dispõe no art.144²³ que:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III –polícia ferroviária federal;
- IV –polícias civis;
- V –polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988).

O art. 5º *caput* da Constituição, que trata dos direitos e garantias individuais, assegura a todos os brasileiros o direito à segurança pública.

Sobre o tema, Moura Fé²⁴ observa que “[...] a segurança pública é dever do Estado e trata-se de uma prestação positiva, visto que todos dependem, somente, do Poder Público para a concretização desse direito”.

Para Moraes²⁵, a segurança Pública se trata de:

Elemento necessário à prática democrática, é indissoluvelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com os seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem. A lei disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos de segurança pública, tendo em vista a eficiência de suas atividades.

Nóbrega²⁶ discorre acerca da segurança almejada pela sociedade e as medidas

23 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov.2020.

24 MOURA FÉ, Valmir Messias de. **Direito Constitucional à Segurança Pública e Proteção Eficiente**. São Paulo: Lexia, 2012, p. 146.

25 MORAES, Fabio Trevisan. **Direito fundamental à segurança pública e políticas públicas**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. 2010. Acesso em 10 dez. 2020, p. 80.

26 NÓBREGA, Fabiana Silva da. **A revista íntima no sistema penitenciário e o conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1975>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 28-29.

abusivas cometidas pelo Estado ao empregá-la:

A busca por segurança torna a sociedade permissiva quanto às leviandades praticadas pelo Poder Punitivo do Estado, provocando a violação de garantias fundamentais basilares inerentes ao homem, como é o caso da dignidade humana. Tais ações são validadas e justificadas através de medidas abusivas que são exercidas pelo próprio Estado, em prol de uma garantia de proteção. [...] em nome da segurança prisional, apenados e familiares têm seus direitos fundamentais restringidos e acabam recebendo um tratamento desigual, simplesmente porque representam um perigo social, mesmo que sejam inocentes e 'nada devam à justiça', e que mesmo assim são submetidos rotineiramente à prática, por vezes abusiva, do procedimento da revista íntima.

Argumenta ainda Nóbrega²⁷, que deve haver ponderação ao se empregar os princípios ou os interesses em conflito para não haver restrições de direitos e garantias à dignidade da pessoa humana.

4 I COMO CONCILIAR A SEGURANÇA NOS PRESÍDIOS E O DIREITO DE VISITAS DIGNAS

4.1 Balanceamento (ponderação) de princípios

Os princípios constitucionais constituem-se em normas que fundamentam e sustentam o sistema constitucional, as pautas normativas basilares do ordenamento jurídico. Vinculam e norteiam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante.

A consolidação da qualidade normativa dos princípios jurídicos reveste de considerável relevância o estudo das formas de resolução das colisões entre princípios constitucionais.²⁸

A solução das colisões entre princípios deve vencer o prisma da validade, afeto aos conflitos entre regras, alcançando as qualidades de densidade, peso e importância, próprias dos princípios jurídicos.

Nessas situações de colisão, deve haver ponderação, assim, um princípio deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional.

Assim, segundo GRAU (1993) a colisão entre princípios constitucionais não tem solução no campo da validade, mas sim no âmbito do valor. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade do primeiro pela aplicação do outro ou vice-versa. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que outro, preponderando segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas.

27 NÓBREGA, Fabiana Silva da. **A revista íntima no sistema penitenciário e o conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2012. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1975>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 28-29.

28 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Nas palavras de Alexy²⁹:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como ocorre quando segundo um princípio algo é proibido e, segundo outro princípio, é permitido – um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Entretanto, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado deva-se introduzir uma cláusula de exceção. De fato, o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios possuem diferente peso e que tem primazia o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar a partir da superação da dimensão da validade, na dimensão do peso.

Nas palavras do autor, não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não é aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso e importância, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. Conforme já salientado, a solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, ao tempo que a colisão entre princípios constitucionais ocorre no âmbito do valor.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto. Neste sentido Nóbrega³⁰, discorre:

Quando o princípio da segurança é ponderado com o princípio da dignidade da pessoa humana, este com maior valor axiológico, faz com que o outro fique em desvantagem, pois, a ideia que o Estado pressupõe como direito fundamental de segurança, nos dias atuais não satisfaz à função intentada pelo modelo de Estado Democrático de Direito, que prega uma proteção igual a todos os indivíduos.

Assim, o conflito deve ser solucionado mediante a ponderação de interesses opostos, baseado no maior peso ou importância dos interesses do acusado contrário à intervenção, que violava o princípio da proporcionalidade, afetando seus direitos fundamentais à vida e à integridade física e consequentemente a dignidade humana, que devem prevalecer naquele em casos das revistas vexatórias, justificando o afastamento da aplicação efetiva da segurança pelo Estado.

29 ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, trimestral, 1999, p.89.

30 NÓBREGA, Fabiana Silva da. **A revista íntima no sistema penitenciário e o conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1975>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 29.

4.2 Entendimento dos Tribunais Brasileiros

Conforme visto anteriormente, a Lei de Execuções Penais, em seu art. 41, X, estabelece ser direito do preso “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

Acerca do direito das visitas aos presos Granda³¹, discorre:

O encarceramento não pode representar a absoluta ruptura com o mundo exterior e com os laços familiares do recluso. [...] o preso continua a fazer parte da sociedade se justifica na tarefa de reabilitá-lo preso, de modo que o isolamento para isso não contribuiria. [...] garantir que o preso tenha saudável contato com o mundo extramuros se revela primordial para mitigar os efeitos do isolamento e possibilitar a sua reintegração. Pelo menos em tese é salutar que os presos mantenham contato com seus familiares e amigos, contribuindo para uma transição menos traumática do cárcere para a liberdade.

A pessoa mesmo que encarcerada deve ter seus direitos garantidos, pois o propósito da prisão enquadra-se em reabilitá-lo para a convivência em sociedade, assim proporcionar.

No entanto, segundo Gomes³²:

Milhares de mães, filhas, irmãs e esposas de pessoas presas são obrigadas a se despir completamente, agachar três vezes sobre um espelho, contrair os músculos e abrir com as mãos o ânus e a vagina para que funcionários do Estado possam realizar a revista. Bebês de colo, idosas e mulheres com dificuldade de locomoção são todas massacradas da mesma forma.

Pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inc. III³³, “ninguém pode ser submetido a tortura ou a tratamento cruel ou desumano”. A dignidade humana, de outro lado, é o valor-síntese do nosso Estado constitucional de direito (art. 1º, III, da CF). ”

Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal ao tratar acerca das revistas vexatórias nos presídios, considerou que tal procedimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme julgamento do Agravo Regimental, que Suspendeu a Liminar 1.153 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁴, conforme a seguir:

Agravo regimental na suspensão de liminar. Indeferimento do pedido de contracautela sob o fundamento de que a prática de revista íntima em presídios com realização de técnicas vexatórias viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Ausência de lesão à ordem e à segurança públicas. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

[...] cabe ao Estado de Santa Catarina adotar meios menos invasivos de inspeção pessoal nos presídios estaduais, mantendo-se íntegras a dignidade e a intimidade dos indivíduos. Voto do Presidente Dias Toffoli.

O Procurador Geral da República Augusto Aras encaminhou ao Supremo Tribunal

31 GRANDA, Thiago Grazziane. **Prisão sem Vigilância Estatal**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 155.

32 GOMES, Luiz Flávio. **Presídios**: pelo fim da revista vexatória. [Internet]. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/noticias/131160821/presidios-pelo-fim-da-revista-vexatoria>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 3.

33 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov.2020.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. Na Suspensão de Liminar 1.153 Santa Catarina**.

Federal, no dia 23 de setembro, deste ano, uma proposta acerca da revista íntima para ingresso em estabelecimento prisional. Trata-se de parecer no agravo do RE 959.620, que tem repercussão geral reconhecida (Tema 998).

O Procurador manifestou pelo não conhecimento do recurso interposto pelo MP/RS contra o acórdão do TJ/RS, que absolveu a irmã de um detento por ter tentado ingressar em estabelecimento prisional com droga. Augusto Aras sugeriu ao STF que os Estados adotem as medidas necessárias à adequação de seus protocolos de ingresso em presídios, considerando-se como protocolo geral o controle mecânico/tecnológico, fixando o prazo máximo de um ano para tais adequações.

Augusto Aras sugeriu a fixação das seguintes teses em relação à questão constitucional discutida, nos moldes da sistemática da repercussão geral³⁵:

I) É inconstitucional a revista íntima como protocolo geral de ingresso nos presídios.

II) É constitucional a possibilidade de realização de revista íntima em caráter excepcional quando (i) o estado de saúde ou a integridade física impeça que a pessoa a ser revistada seja submetida a determinados equipamentos de revista eletrônica, ou (ii) quando, após revista eletrônica, subsista fundada e objetiva suspeita de porte de objetos ou substâncias cuja entrada em presídios seja proibida.

III) A revista íntima excepcional há de observar ao menos às seguintes condicionantes: (i) ter a concordância da pessoa a ser revistada; (ii) ser realizada em local reservado, por agente prisional do mesmo gênero do revistado, que cuidará de preservar a integridade física, psicológica e moral do visitante; (iii) vedar-se o desnudamento total ou parcial, o uso de espelhos, esforços físicos repetitivos e a introdução de quaisquer objetos nas cavidades corporais do revistado; (iv) facultar-se o acompanhamento do ato por pessoa de confiança do revistado.

IV) É admitida a inspeção de órgãos genitais apenas quando absolutamente necessária e imprescindível para alcançar objetivo legítimo em caso específico, concretamente e previamente fundamentada.

V) É insuficiente para tornar ilícita a prova o fato de ter sido produzida em revista íntima, mesmo que os termos em que foi realizada possam influenciar no juízo sobre sua lícitude.

Nota-se que, pela decisão do Supremo Tribunal Federal e pelas sugestões feitas pelo Procurador Geral da República, as técnicas que os presídios utilizam para as revistas íntimas são vexatórias e atacam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Lado outro, não se pode deixar de considerar que é dever do Estado assegurar a segurança de todos que estão envolvidos nas rotinas dos presídios, no entanto, existem instrumentos eletrônicos que podem ser utilizados nas revistas dos visitantes aos presídios capazes de manter íntegras a dignidade e a intimidade destas pessoas.

35 MIGALHAS. PGR sugere ao STF parâmetros para revista íntima em presídios. Quinta-feira, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/333822/pgr-sugere-ao-stf-parametros-para-revista-intima-em-presidios>. Acesso em: 05 out. 2020.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual situação que se encontra o sistema penitenciário brasileiro é muito tão crítica que o Brasil está no *ranking* dos países com maior população carcerária do mundo, ocupando o quarto lugar, perdendo apenas para os Estados Unidos e China. Tal fato reflete aquilo que a sociedade pensa, sobre como os presos devem ser tratados, ou seja, da pior forma possível.

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLIX, assegura ao preso respeito à sua integridade física e moral. Na esfera infraconstitucional, a Lei de Execução Penal, assegura ao preso os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, além de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

O art. 41 da Lei de Execuções penais, dispõe em seu texto os direitos previstos ao preso, dentre eles, tema deste estudo, o que trata sobre o direito de receber visita do preso de seu cônjuge, companheira, parentes e amigos.

Tais visitas surgiram com a intenção de contribuir para recuperação do detento, além do intuito de amenizar a solidão carcerária, visto que a presença da família e de pessoas queridas junto ao preso é absolutamente necessária para alcançar sua ressocialização.

A questão relevante para este estudo foi aquela relacionada à revista nas pessoas que queiram adentrar aos estabelecimentos prisionais, sendo esta permitida, sujeita, entretanto, a regramentos.

O CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por meio da Resolução 05/2014 consigna que a revista pode ser realizada, vedadas quaisquer formas de revista vexatória, desumana ou degradante, entendendo-se como tal, dentre outras situações.

Referida resolução, tem a revista nos visitantes uma forma de garantir a segurança das pessoas que pretendem ingressar nas unidades prisionais, tanto em suas dependências como no exterior, e que venham a ter contato direto ou indireto com pessoas privadas de liberdade, no entanto, assegura a preservação da integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada, devendo ser realizada com equipamentos eletrônicos e detectores de metais, aparelhos de raio-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de segurança capazes de identificar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos, ou, excepcionalmente, de forma manual.

Assim, deve-se considerar que a revista íntima tem que respeitar o ser humano em seu próprio e inefável valor, ou seja, a sua dignidade. Deve ser respeitada a vida privada das pessoas em visitar seus parentes presos sem ter que passar por revistas vexatórias.

Ainda que seja dever do Estado prestar segurança Pública, deve haver ponderação ao se empregar os princípios ou os interesses em conflito para não haver restrições de direitos e garantias à dignidade da pessoa humana. O conflito deve ser solucionado mediante

a ponderação de interesses opostos, baseado no maior peso ou importância dos interesses do acusado contrário à intervenção, que violava o princípio da proporcionalidade, afetando seus direitos fundamentais à vida e à integridade física e consequentemente a dignidade humana, que devem prevalecer naquele em casos das revistas vexatórias, justificando o afastamento da aplicação efetiva da segurança pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar acerca das revistas vexatórias nos presídios, considerou que tal procedimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme julgamento do Agravo Regimental, que suspendeu a Liminar 1.153 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, Augusto Aras, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de setembro, deste ano, uma proposta acerca da revista íntima para ingresso em estabelecimento prisional. Trata-se de parecer no agravo do RE 959.620, que tem repercussão geral reconhecida (Tema 998).

O Procurador manifestou pelo não conhecimento do recurso interposto pelo MP/RS contra o acórdão do TJ/RS, que absolveu a irmã de um detento por ter tentado ingressar em estabelecimento prisional com drogas. Augusto Aras sugeriu ao STF que os Estados adotem as medidas necessárias à adequação de seus protocolos de ingresso em presídios, considerando-se como protocolo geral o controle mecânico/tecnológico, fixando o prazo máximo de um ano para tais adequações.

Por fim, conclui-se que mediante a decisão do Supremo Tribunal Federal e pelas sugestões feitas pelo Procurador Geral da República, as técnicas que os presídios utilizam para as revistas íntimas são vexatórias e atacam o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, trimestral, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 nov.2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução N° 5**, de 28 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25910835_RESOLUCAO_N_5_DE_28_DE_AGOSTO_DE_2014.aspx. Acesso em: 09 nov.2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov.2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal Nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 09 nov.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Na Suspensão de Liminar 1.153 Santa Catarina. Brasília, 29 de abril de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749825753>. Acesso em: 22 se. 2020.

CONJUR. O Brasil **tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos.** 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo- 726-mil-presos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Presídios: pelo fim da revista vexatória. [Internet]. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/noticias/131160821/presidios-pelo-fim-da- revista-vexatoria> . Acesso em: 20 set. 2020.

GRANDA, Thiago Grazziane. Prisão sem Vigilância Estatal. Curitiba: Juruá, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 02, 1993.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Processo Penal - Aspectos Conceituais do Processo Penal Constitucional - • Elementos do Garantismo Penal • Investigação Criminal • Ação Penal • Competência • Processos Incidentes • Questões Incidentes. Curitiba: Juruá, 2016.

MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal Anotada. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGALHAS. PGR sugere ao STF parâmetros para revista íntima em presídios. Quinta-feira, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/333822/pgr-sugere-ao-stf-parametros-para- revista-intima-em-presidios>. Acesso em: 05 out. 2020.

MORAES, Fabio Trevisan. Direito fundamental à segurança pública e políticas públicas. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. 2010. Acesso em 10 dez. 2020.

MOURA FÉ, Valmir Messias de. Direito Constitucional à Segurança Pública e Proteção Eficiente. São Paulo: Lexia, 2012.

NÓBREGA, Fabiana Silva da. A revista íntima no sistema penitenciário e o conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana. 2012. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1975>. Acesso em: 20 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de doutorado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Legitimidade Constitucional das revistas íntimas em presídio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-06/direitos-fundamentais-legitimidade-constitucional-revistas-intimas-presidios>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

CAPÍTULO 8

SEXO OPRIMIDO: O ESQUECIMENTO DAS PARTICULARIDADES DO SEXO FEMININO DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 06/03/2021

Maria Rita Borges Ferreira Veloso

Escola Superior Dom Helder Câmara
Pains – Minas Gerais

https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=C610D3EABC1F530A184CADAC0B5663EF#

RESUMO: A falta de acesso a itens básicos dentro dos presídios femininos é uma realidade que se faz presente na maior parte dos cárceres brasileiros. Discussões a respeito desse tema são, muitas vezes, negligenciadas por parte das instituições públicas que não cumprem o papel constitucional que se propuseram a executar. A omissão por parte do Estado gera uma vida degradante para as presidiárias, inviabiliza a ressocialização, fortalece as facções criminosas e reduz a expectativa de vida das detentas. Portanto, discutir sobre o tema e analisar o quanto esse se torna relevante na atualidade torna-se necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana; infopen; detentas; realidade prisional.

OPPRESSED SEX: THE FORGETTING OF FEMALE SEX IN THE PRISION SYSTEM

ABSTRACT: The lack of access to basic items in women's prisons is a reality that is present in most Brazilian prisons. Discussions on this topic are often overlooked by public institutions

that do not fulfill the constitutional role they set out to perform. The omission by the state results in a degrading life for prisoners, makes resocialization unfeasible, strengthens criminal factions and reduces the life expectancy of detainees. Therefore, discussing about the topic and analyzing how relevant it is today becomes necessary.

KEYWORDS: Human dignity; infopen; inmates; prison reality.

A criminalidade ao longo da história foi atribuída principalmente ao sexo masculino, isso pode ser justificado, em certa medida, devido a existência de uma enorme discrepância em relação ao número de delitos praticados por homens e mulheres.

A mulher, ao ter seus comportamentos interpretados sob uma visão extremamente machista, sempre foi considerada como um sexo frágil, um ser dócil e delicado, o que causava certo espanto e estranheza ao se pensar que ela, assim como os homens, também poderia praticar crimes. Tal visão tinha por base um modelo patriarcal de atribuição de papéis para homens e mulheres que os enquadravam cada um em uma categoria dentro da sociedade, como muito bem elucidam Maluf e Mott:

A mulher, que é, em tudo, o contrário do homem foi o bordão que sintetizou o pensamento de uma época intranquila e por isso ágil na construção e difusão das

representações do comportamento feminino ideal, que limitaram seu horizonte ao ‘recôndito do lar’ e reduziram ao máximo suas atividades e aspirações até encaixá-la no papel de ‘rainha do lar’, sustentada pelo tripé mãe-esposa-dona de casa (MALUF; MOTT, 2008, p. 373).

Existem também os estudos desenvolvidos por Bruna Angotti, no livro “Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus”, que elucidam muito bem o papel atribuído ao sexo feminino ao longo da história:

Adjetivos como paciente, amável, carinhosa, doce, benévolas, complacente, foram vinculados à mulher como sendo características femininas naturais. A naturalização de comportamentos socialmente prescritos servia, além de outros, para identificar as mulheres consideradas desviantes, uma vez que não nasceram com tais qualidades. As mulheres que não cumpriam o esperado papel de mãe, esposa e dona-de-casa eram consideradas transviadas e a elas eram atribuídos estereótipos e classificações no plano dos desvios. “Não-lugares” de mulheres eram ocupados pelas prostitutas, lésbicas e por aquelas que não tinham profissões definidas – que viviam de “biscates” – sendo a socialização dos papéis sexuais definidora dos espaços que cada sexo poderia e deveria ocupar. (ANGOTTI, 2011, p. 108)

Tendo em vista esses estudos, é possível verificar a disparidade de tratamento entre homens e mulheres também ao longo do desenvolvimento da legislação brasileira. As Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil entre os anos 1603 a 1916, tratavam a mulher como um ser intelectualmente incapaz, e que por isso deveria ficar sob tutela constante de algum responsável. O Código Civil de 1916, seguindo essa mesma linha de raciocínio, estabeleceu que as mulheres eram relativamente incapazes, sendo assim, as casadas deveriam ficar subordinadas ao poder marital (PENA, 2008). Ademais, é notório que em grande parte do período de construção da legislação brasileira, as mulheres, como outros grupos, eram ignoradas, o que as impedia do exercício de direitos de cidadania, elas eram tratadas de forma marginalizada pelo Estado, sem qualquer tipo de direito à ocupação de espaços de poder normalmente ocupados pelos homens.

Muito em razão dessa visão determinista e patriarcal que a sociedade possuía das mulheres, a tipificação das infrações penais por elas cometidas era extremamente diferente daquelas atribuída aos homens, já que muitos das infrações penais por elas praticadas tinham como fundamento o “desvio de um dever ser feminino”. Isso pode ser afirmado, por exemplo, ao se notar que elas eram presas por praticarem prostituição ou traírem seus conjunges.

Desde o período colonial, as mulheres que “contrariavam a lógica determinista”, e cometiam crimes eram destinadas aos presídios masculinos, onde iriam cumprir suas respetivas penas. Entretanto, como o índice de crimes cometidos pelo sexo feminino era extremamente baixo, isso não só reforçava a lógica determinista, como também servia de justificativa para que o Estado não destinasse investimentos para a criação prisões femininas. Nesse momento, já é possível verificar a negligência estatal quanto a criação de

instalações adequadas para que as mulheres pudessem cumprir suas penas.

Uma vez que elas eram inseridas em estabelecimentos prisionais masculinos, elas sofriam diversos tipos de abuso e violência, seja física, seja psicológica. Dessa maneira, tornou-se cada vez mais importante a criação de presídios exclusivamente femininos, pois com o passar do tempo tornou-se nítido e incontestável o quanto as condições de vida nessas prisões eram extremamente prejudiciais para a vidas das presas.

A partir de inúmeras discussões sobre o tema surgidas em meados de 1920, e em razão das condições desumanas que as mulheres vivenciavam ao serem encarceradas nos presídios masculinos, foi criado na década de 1930 o primeiro presídio exclusivamente feminino. A chamada “Penitenciária Madre Pelletier”, era situada em Porto Alegre, sendo ela administrada e fundada por freiras da Igreja Católica (QUEIROZ, 2015)

Inicialmente, a administração dos presídios foi destinada às freiras para que elas promovessem a “domesticação” das mulheres “desvirtuadas”. Em tais estabelecimentos era previsto que a pena a ser cumprida deveria ser pautada no trabalho e instrução domésticos - o que reforça ainda mais o caráter determinista e patriarcal do sistema punitivo, pois acreditava-se que a partir do cumprimento de penas pautadas em valores religiosos, morais e em instruções domésticas seria possível que as presas “retornassem” ao seu estado de sanidade mental. Ademais, somente com a criação da Constituição de 1988 verifica-se um tratamento mais equânime entre homens e mulheres no que se refere a aplicação da lei penal.

A maioria das mulheres enviadas a esses locais, sequer cometiam crimes da forma como hoje é estabelecido pelo Código Penal vigente, muitas delas eram presas por se recusarem a casar com os pretendentes escolhidos por suas famílias, por praticarem a prostituição ou por trair seu cônjuge. Ademais, eram vistas, pelo Estado e sociedade, como seres intelectualmente incapazes de praticar de crimes, portanto a destinação delas às penitenciárias administradas por freiras era a melhor solução, pois assim aquele “desvio de caráter” seria corrigido.

Um grande problema desse período é que a sociedade, influenciada por pensamentos positivistas que giravam em torno do padrão de comportamento social, ignorava os reais motivos que levavam qualquer indivíduo a cometer crimes, sendo eles ligados a questões muito profundas como as desigualdades socioeconômicas, falta de distribuição de renda adequada, exclusão social, violência, dentre outros fatores.

Com o passar dos anos foi notório a ineficácia dos trabalhos desenvolvidos pelas freiras e instituições religiosas dentro dos presídios, uma vez que a quantidade de crimes cometidos pelas chamadas “delinquentes” eram fruto não de um de desvio moral ou psicológico, mas sim das condições sociais e econômicas diariamente enfrentadas por elas, como a violência, desigualdade de renda e exclusão social. Tais fatores, unidos ao estabelecimento do Código Penal e do Código de Processo Penal criados nos anos 1940, determinaram a passagem gradual da administração dos presídios para órgãos

competentes para esse ofício.

Atualmente, a quantidade de presídios exclusivamente femininos aumentou consideravelmente, no entanto o número de mulheres encarceradas está muito aquém do número de vagas nas prisões disponíveis para recebê-las, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Mulheres de 2018, o déficit é de 15326 vagas. Ademais, conforme o mesmo estudo, a população absoluta de mulheres encarceradas no país cresceu 656% entre os anos 2000 e 2016, índice este bem acima daquele referente a quantidade de homens encarcerados, que no mesmo período cresceu 293%. Tendo em vista esse crescimento vertiginoso, em 2018 o Brasil passou a ocupar o 4º lugar no ranking mundial de população carcerária feminina.

Entre os principais motivos que levam ao encarceramento feminino, de acordo o INFOPEN- Mulheres, são o tráfico de drogas que corresponde 62% das condenações, o roubo com 11% e homicídio com 6% das taxas de condenação. A partir dessa análise é possível perceber o quanto houve uma expansão do aprisionamento de mulheres em razão tráfico de drogas.

Tendo em vista as informações divulgadas pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional) por meio do INFOPEN- Mulheres, surge a indagação: Os presídios brasileiros estão preparados com estrutura específica para acolher esse contingente cada vez maior de mulheres condenadas? O Estado tem destinado as verbas necessárias ao atendimento das demandas dos presídios? É evidente que a resposta a essas perguntas é negativa, e isso se torna claro por meio da análise das prisões brasileiras.

Os estabelecimentos prisionais possuem expressivo déficit de vagas, e carecem de estrutura física adequada, visto que as celas detêm pouca ventilação, e iluminação, além de serem extremamente insalubres. Pequeno é o número de prisões com celas específicas para gestantes, ou que possuem berçários, creches e centros de referência materno infantil.

Consoante os dados levantados pelo INFOPEN - Mulheres de 2018, apenas 14% dos presídios exclusivamente femininos ou mistos contêm berçário ou centros de referência materno-infantil para receberem de recém-nascidos a crianças de até 2 anos. Quanto às creches, espaços destinados ao recebimento de crianças acima de 2 anos, apenas 3% das prisões do país contam com esses locais.

Tendo em vista essas e outras situações, torna-se visível o quanto o sexo feminino é tratado com desprezo pelo sistema prisional. A realidade e peculiaridades das mulheres, em grande parte das situações, são simplesmente ignoradas. Essas além de não serem inseridas em estabelecimentos próprios para suas condições, na maioria das vezes são transferidas para antigos estabelecimentos prisionais masculinos.

O descaso das entidades públicas para com as detentas se manifesta através de diversas situações. A primeira delas pode ser constatada pela baixa quantidade de estudos a respeito dos estabelecimentos prisionais femininos, muitas delegacias sequer coletam dados a respeito do número de mulheres aprisionadas. Ademais, o próprio surgimento

do INFOPEN – Mulheres data de 2014, o que evidencia mais uma vez o quanto o sexo feminino é marginalizado em relação às políticas referentes ao sistema prisional.

Aliado à falta de estudos sobre o tema, essa ignorância do poder público também se manifesta por meio da baixa quantidade de presídios exclusivamente femininos que correspondem apenas a 7% do total das unidades prisionais existentes no país. Tal fator demonstra o quanto a política prisional é voltada para o sexo masculino que conta com 74% das unidades prisionais destinadas ao encarceramento exclusivo de homens.

Giovana Zaninelli, mestre em ciência jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e especialista em Direito e Processo Penal, introduziu em sua tese de mestrado a questão da vulnerabilidade das mulheres encarceradas que por serem esquecidas pelo Governo brasileiro acabam perdendo o respeito a inúmeros direitos e garantias individuais. Segundo a pesquisadora:

As mulheres desviantes, em desacordo com o padrão de comportamento esperado e desejado pela sociedade, que infringem as normas legais, regras e tabus sociais, se tornam vítimas de um sistema predominantemente pautado em padrões masculinos, que segregava e exclui determinados grupos vulneráveis. Existe um velho e tradicional descaso para pessoas determinadas. Tal atitude alheia aos padrões da legalidade, geralmente é direcionada para determinadas minorias e grupos vulneráveis, os quais possuem seus direitos humanos violados e sua cidadania desrespeitada por atuações realizadas totalmente a margem do descrito no texto legal. (ZANINELLI, 2015, p.76)

As ideias explicitadas pela autora da dissertação buscam elucidar não só o quanto a população carcerária feminina tem crescido de forma vertiginosa nos últimos anos, mas também discutir sobre as grandes dificuldades enfrentadas pelas mulheres em relação ao sistema prisional, visto que elas sofrem com um sistema carcerário explicitamente feito para abrigar homens. Muito disso se deve, em grande parte, aos resquícios da noção histórica de que os delitos estão mais ligados a esfera masculina, noção esta que permanece viva no ordenamento jurídico brasileiro ao se verificar a triste realidade do sistema prisional. Tendo em vista as proposições feitas por Giovana é de extrema importância afirmar a relevância dos pontos apresentados por ela, já que ao se analisar o sistema carcerário brasileiro, é exatamente essa a realidade apresentada por ela que se verifica na maior parte dos presídios femininos.

As celas são superlotadas, mal iluminadas e com pouca ventilação. Intensa é a precariedade dos banheiros, que sequer contêm sanitários adequados ao uso pois a maior parte deles se encontra em péssimas condições, e, em alguns casos, eles sequer existem.

O artigo 3º da Lei de Execução Penal dispõe que ao condenado serão assegurados todos os direitos que não forem restringidos pela sentença ou pela lei a ele direcionados. Portanto, pode-se concluir que aos presos deverão ser assegurados todos os direitos previstos na Constituição, exceto aqueles que não puderem ser aplicados em razão da condenação. Sendo assim, às presas deverá ser garantido o direito à saúde, educação,

trabalho, à dignidade humana, entre outros, entretanto é notório que a realidade se mostra inteiramente diferente.

Ao se tratar do direito à educação, a Lei de Execução Penal prevê a assistência à educação, que deve ser oferecida a todos aqueles que estão privados da liberdade. Essa deverá ser ofertada por meio da instrução escolar e formação profissional de forma a proporcionar uma reinserção à sociedade que garanta ao preso condições mínimas de reingressar no mercado de trabalho de maneira adequada. Entretanto, como será possível a efetivação desse direito se apenas 25% da população prisional feminina, segundo INFOPEN- Mulheres de 2018, está envolvida em atividades de cunho educacional? É nítido que esse é apenas mais um dos direitos renegados às presas e que acabam dificultadno a sua reinserção na sociedade.

Em relação ao trabalho, que deve servir tanto para fins produtivos quanto educacionais. Percebe-se que apenas 24% das encarceradas do país têm acesso a locais para seu exercício, seja ele realizado em âmbito interno ou externo. Ademais, apenas 23% das prisões contam com locais capazes de ofertar trabalho às detentas, o que enfatiza novamente a estrutura precária dos presídios, que sequer se importa em oferecer um ambiente composto por políticas adequadas de reinserção de suas condenadas à sociedade.

Nas prisões raramente são fornecidas consultas com médicos especialistas na área ginecológica, aliado a isso, existe ainda o fato de as instalações para atendimento médico serem extremamente precárias. As consultas são feitas de forma rápida e pouco precisa, já que o número de médicos dentro dos presídios se mostra insuficiente frente a demanda de presas que necessitam de atendimento, conforme constatado pelo INFOPEN - Mulheres de 2018, apenas 8% dos profissionais que compõem as unidades prisionais são ligados à área da saúde.

As presidiárias não recebem itens de higiene pessoal de forma adequada às especificidades do sexo feminino. A quantidade de rolos de papel higiênico fornecida é ínfima, pois ao serem distribuídos não são levados em conta que as mulheres os utilizam para as duas funções básicas. Os absorventes quando são fornecidos pela administração dos presídios não leva em conta os ciclos menstruais mais longos ou os mais intensos - o que leva algumas detentas a terem de improvisar absorventes com miolo de pão.

Ínfimos são os sabonetes fornecidos para a realização de banhos diários, que na maior parte das vezes são feitos em banheiros que carecem de salubridade ou de chuveiros com água aquecida. Shampoo? Condicionador? Essas regalias ficam a cargo de doações feitas pelas famílias das encarceradas. Ademais, quando essas mulheres são abandonadas por suas respectivas famílias, elas passam a enfrentar inúmeras situações humilhantes, pois para obterem itens tão básicos de higiene ficam dependentes da compaixão de suas colegas de cela ou então passam a fornecer cigarros, serviços de limpeza, manicure e pedicure como moeda de troca.

O ambiente de preparo das refeições é explicitamente insalubre, em alguns casos, carece até mesmo de talheres para que a comida seja servida, o que leva as presidiárias a colocarem a comida no prato com a própria mão. Aliado a essa degradante realidade, os alimentos servidos muitas vezes estão estragados ou contaminados por insetos, pelos de animais e fezes de rato.

Esse cotidiano sub-humano é muito bem explicitado em diversas passagens do livro “Presos que Menstruam” da jornalista Nana Queiroz, como nas seguintes:

O cheiro forte de urina me embrulha o estomago e temo me livrar do almoço. Sigo as mãos da detenta ao redor da cela. Quase não há janelas, a umidade é crítica e o calor, proibitivo. Cortinas improvisadas de lençóis encardidos tentam garantir a privacidade de doze detentas que vivem no espaço. A luz é fraca e falha. Uma moça surda abre as cortinas, fazendo sinais e apontando buracos e infiltrações. E eu tenho que repetir: a umidade é crítica e o calor, proibitivo. (QUEIROZ, 2017, p.186)

[...] “- sabe o que achei ontem na comida? Bosta de rato. Juro por Deus! Na carne que eu peguei e fui desfiá, separei assim uns pedacinho, as parte mais mole. Aí vi um negocinho preto, tirei. Que merdica de rato, quem não conhece gente? Ainda coloquei assim e amassei pra vê. Não é que era merda de rato mesmo?” (QUEIROZ, 2017, p.177)

Tendo em vista alguns dos vários relatos feitos é perceptível o quanto a vida das presidiárias se torna um desafio a ser vencido todos os dias. Ademais, é possível afirmar que o Estado apresenta um paradoxo em relação à Lei de Execução Penal, pois apesar de em seu corpo normativo apresentar uma gama de direitos e deveres que possivelmente permitiria a ressocialização das detentas, a realidade desumana dos presídios proporciona às presas exatamente o contrário.

A lei de Execução penal em seu capítulo II concede direitos como a garantia a alimentação, assistência à saúde, vestuário e instalações higiênicas adequadas. Aliado a tais preceitos, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX garante ao preso integridade moral e física, junto disso, assegura que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e à tortura.

Se a Constituição da República traz como princípio fundamental a proteção à dignidade humana, por que não são garantidas as mínimas condições de subsistência e higidez nas penitenciárias? Apesar de o texto constitucional prever uma extensa gama de direitos e garantias às detentas, na prática o que ocorre é um desrespeito constante aos princípios constitucionais dentro dos presídios.

Uma das consequências que surgem em razão dessa constante ignorância do Estado frente às condições humilhantes vivenciadas pelas detentas é o fortalecimento das facções criminosas, pois essas estão dispostas a fornecer o que é omitido pelo Estado em troca de lealdade. O Brasil que tanto busca ratificar tratados referentes aos Direitos Humanos sequer se predispõe a cumpri-los dentro das unidades prisionais, o que faz com que as apenadas sejam simplesmente esquecidas pelo Estado.

São por esses e outros fatores que se torna relevante um estudo preciso sobre a questão da falta de acesso a itens básicos e direitos dentro dos presídios femininos e quais são as consequências decorrentes disso. Essas mulheres que tem seu gênero “desfigurado” dentro das penitenciárias, necessitam mais do que nunca de serem vistas como cidadãs dignas de terem seus direitos reconhecidos e respeitados, e que as verdades sobre o sistema carcerário sejam postas de forma clara à toda a população brasileira. Somente assim será possível entender de fato as grandes falhas do sistema prisional e o quanto esse carece de investimentos e mudanças para promover de fato uma ressocialização dos indivíduos privados de sua liberdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil.** 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRASIL (2014). Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** (Infopen Mulheres). Brasília, DF: Departamento Penitenciário.

BRASIL. (2018). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** (Infopen Mulheres, 2a ed.). Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei n. 3689/40. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 de maio de 2021.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei n.2848/40. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de maio 2021.

BRASIL. Lei nº7210, 11 de junho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal.** Diário oficial da União. 1984 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 de maio 2021.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: NOVAIS, Fernando (Org.) **História da vida privada no Brasil.** v.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.365-421.

PENA, Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães. A desigualdade de Gênero: tratamento legislativo. **EMERJ.** Rio de Janeiro, v.11, n° 43, 2008, p.63-82.

QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

CAPÍTULO 9

APAC: UMA INSTITUIÇÃO A FAVOR DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Data de aceite: 02/08/2021

Bárbara Paiva

Doutoranda em Educação
Universidade de Uberaba (UNIUBE)
Uberaba - MG, Brasil

RESUMO: Este artigo versará sobre a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), uma instituição diferenciada de cumprimento de pena, cujos propósitos essenciais são pautados na confiança, no respeito e no amor. Com suas propostas inovadoras, a APAC vê no infrator uma pessoa que está apta à recuperação, desde que haja um tratamento diferenciado. Trata-se de um projeto de humanização da execução penal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que propõe um novo olhar aos condenados, visando à sua recuperação, reinserção na sociedade e consequente conquista da Paz Social, tão visada em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: APAC. Cumprimento de Pena. Humanização.

APAC: AN INSTITUTION FOR THE HUMANIZATION OF FEATHERS

ABSTRACT: This article will address the APAC (Association for Protection and Assistance to Convicts), a differentiated institution for serving sentences, whose essential purposes are based on trust, respect and love. With its innovative proposals, APAC sees the offender as a person

who is capable of recovery, provided that he or she receives differentiated treatment. It is a project of humanization of penal execution of the Court of Justice of the State of Minas Gerais, which proposes a new look to convicts, aiming at their recovery, reintegration into society and consequent achievement of Social Peace, so sought after in a Democratic State of Law such as the Brazilian one.

KEYWORDS: APAC. Sentence fulfillment. Humanization.

INTRODUÇÃO

Este artigo versará sobre a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), uma instituição diferenciada de cumprimento de pena, cujos propósitos essenciais são pautados na confiança, no respeito e no amor. Com suas propostas inovadoras, a APAC vê no infrator uma pessoa que está apta à recuperação, desde que haja um tratamento diferenciado. Trata-se de um projeto de humanização da execução penal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que propõe um olhar diferenciado aos condenados, visando à sua recuperação, reinserção na sociedade e consequente conquista da Paz Social, tão visada em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.

A APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) é uma entidade civil de Direito Privado, sem fins lucrativos, que tem personalidade jurídica e patrimônio próprios. As APAC's são administrativa, financeira e juridicamente autônomas, estando

constitucionalmente amparadas para atuarem nos presídios. Essas instituições possuem estatuto resguardado pela Lei de Execuções Penais (nº 7210/1984) e pelo Código Civil e são filiadas à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), órgão que coordena e fiscaliza suas atividades. Trata-se de uma entidade reconhecida de utilidade pública, cuja função é a de orientar, assistir e manter os objetivos das APAC's.

Com sua ideologia inovadora, a APAC sugere a humanização na aplicação das penas. O Método Apaquiano visa à recuperação do criminoso e, quando comparado ao Sistema Carcerário convencional, vê-se que este é fraco (e falho). Sob esse aspecto, é necessário enfatizar o *jus puniendi* do Estado, ou seja, o seu direito de punir, que para ser utilizado, deve cumprir fielmente a execução da pena, enquadrando-a como uma retribuição do delito praticado. Também é importante lembrar-se da finalidade preventiva da sua aplicação, e ainda, é preciso garantir os direitos essenciais do apenado, principalmente a preservação de sua Dignidade. Cumpre frisar que o Direito Penal, por ser um ramo denso, será utilizado como *ultima ratio*, ou seja, quando os demais ramos do Direito falharem quanto à proteção aos bens jurídicos essenciais ao convívio social. Seguindo esse raciocínio, deve-se lembrar da sanção penal como uma resposta do Estado no exercício do seu *jus puniendi* e no seio do Devido Processo Legal. Destaca-se que, de acordo com os preceitos Apaquianos, a toda pessoa que pratica um crime deve ser voltado um olhar diferenciado, dedicando-lhe, pois, Dignidade e Respeito, fazendo-se cumprir as finalidades da pena e a necessidade da efetivação da sua função social. Com o objetivo de “punir” o infrator, que viola um preceito legal, o Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro apresenta três modalidades de penas, que correspondem às punições estabelecidas pelo legislador, estando normatizadas na Parte Especial do Código Penal. São elas: Pena Privativa de Liberdade; Restritiva de Direitos e Pena de Multa, estando todas devidamente tipificadas no Código Penal Brasileiro. Nesse sentido, é correto dizer que as penas são estabelecidas visando à regulação da convivência em sociedade, quiçá impondo limites aos cidadãos. Neste momento, mostra-se vital a figura dos Princípios Constitucionais, que atuam como nortes incontestes na aplicação da pena e cujo principal objetivo é o resgate da Dignidade daqueles que cometem uma infração penal. A APAC revela-se como um método inovador, que olha para o criminoso e enxerga o Ser Humano, passível de ser recuperado e reinserido na sociedade, desde que receba um tratamento digno e pautado no respeito. Há a valorização humana, aliada à evangelização e outros quesitos mais, visando proporcionar ao condenado condições favoráveis para a sua recuperação. Este método inovador fundamenta-se em 12 elementos básicos, que foram refletidos e estudados por completo visando à produção dos efeitos pretendidos; são eles: Participação da Comunidade; Recuperando ajudando Recuperando; O Trabalho; Assistência Jurídica; Assistência à saúde; Espiritualidade; Valorização Humana; A Família; O voluntário e o curso para sua formação; Centro de Reintegração Social – CRS; Mérito; Jornada de Libertação com Cristo. Todos eles são indispensáveis para a concretização desta metodologia: a atuação conjunta de todos gerará respostas positivas. Confiança

e Amor são dois tópicos altamente subjetivos que proporcionam o suporte necessário a esta metodologia inovadora. Essas duas características devem necessariamente estar presentes, possibilitando a concretização deste método, tão diferenciado e acolhedor e que apresenta resultados comprovadamente positivos. Em síntese, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) revela-se como um novo modelo de instituição de penas privativas de Liberdade, divergindo das técnicas tradicionais, que introduz nas prisões um cenário mais Humanitário, propondo, para tanto, princípios norteadores e tratamentos diferenciados, tudo visando à efetiva recuperação do condenado e ao seu reconhecimento como Cidadão, que cometeu um erro, mas que foi capaz de repará-lo e de superá-lo, estando, pois, apto ao convívio sadio em sociedade.

MATERIAL E MÉTODOS

Para o cumprimento dos objetivos propostos, este estudo teve por escopo apresentar a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados). Para tanto, foi necessária uma análise mais intensa deste método, visando ao seu conhecimento. Dessa forma, a pesquisa foi dividida em quatro seções, que foram essenciais para o desenvolver desta obra, a saber:

Pesquisa Bibliográfica Descritiva: feita por meio de um levantamento histórico, de caráter interdisciplinar, que abrangeu a História, a Filosofia, a Antropologia, a Sociologia, a Saúde e a Bioética aplicáveis ao Sistema Penitenciário Brasileiro, com ênfase em cada uma das modalidades carcerárias: a APAC e o sistema convencional.

Pesquisa Documental: na qual se procedeu à análise do conteúdo e dos princípios e direitos constitucionais (e fundamentais) que dizem respeito ao tema. Também foi feito um estudo de projetos de lei em tramitação no Brasil, das jurisprudências que envolvem tratados e convenções internacionais, das leis, dos projetos de leis, de ações e de decisões judiciais pertinentes ao assunto em tela.

Pesquisa de Campo: que foi feita mediante visitas em cadeias públicas (nas cidades de Uberaba e Frutal, ambas em Minas Gerais) e em algumas APACS (a feminina e a masculina, em Frutal) para verificar as condições apresentadas por cada uma delas, o que possibilitou o diálogo da autora com os detentos (no sistema convencional) e com os recuperandos (no sistema APAC). Esses dados foram utilizados e permitiram uma vivência prática em relação ao objeto de estudo, além de levar à reflexão acerca dos conceitos teóricos utilizados, aliando-os à situação prática vivenciada no dia-a-dia. Essa vivência foi de suma importância para a autora, que pode ver e sentir as diferenças existentes entre um e outro sistema carcerário, chegando à algumas conclusões acerca do método mais adequado para a recuperação daqueles que praticam um ilícito penal.

Pesquisa Virtual: em que a autora buscou informações sobre as APACS (nos sites de cada instituição), além de outras informações que serviram de base para a construção

deste trabalho e que o ilustraram com informações úteis e verossímeis.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Sistema Carcerário Brasileiro apresenta como característica marcante a existência de graves problemas, sendo que esses estão se intensificando ao longo das últimas décadas, o que se justifica, principalmente, pelo grande salto sucedido nas taxas de encarceramento, destacando-se que essas possuem seu nascedouro nas inúmeras carências e deficiências estruturais e sociais que acompanham a história do país.

As referidas lacunas presentes no Sistema Carcerário também podem ser atribuídas à falta de interesse e de recursos por parte do Poder Público, que dispõe de legislações concretas, apesar disso, essas leis nem sempre são postas em prática. Sobre esse assunto, é válido registrar que em 1955, aconteceu o 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, na Suíça. Esse Congresso aprovou algumas regras mínimas para o tratamento de prisioneiros e, em 1957, foram adotadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, por intermédio da Resolução nº 663 de 13 de Maio de 1977 e em 25 de Maio de 1984 o Conselho aprovou treze desses procedimentos para aplicação efetiva das regras mínimas.

Na Resolução acima citada, salientam-se alguns tópicos, tais como: o item número 6, e seus subitens 1 e 2, que dizem, respectivamente, que as regras contidas nesta Resolução devem ser aplicadas indistintamente, sem qualquer discriminação com base em religião, língua, opinião política, sexo, raça, cor, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou qualquer outra condição; também se assevera o respeito às crenças religiosas e aos preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

Estabelece-se, ainda, a diferenciação entre os tipos de reclusos, de acordo com o crime praticado, além de serem separados por sexo e idade (item 8 da citada Resolução).

A APAC, que segue esses princípios propostos pela Resolução da ONU, foi estabelecida em 1974 pelo advogado Mário Ottoboni na cidade de São José dos Campos – SP e, desde então, apesar de vários óbices encontrados pelo caminho, vem ganhando força no cenário da carceragem, com a proposta de dar aos condenados a possibilidade de retorno ao convívio social, sem as máculas deixadas pela prática de um crime, o que implica em superação de desafios, sendo também um grande avanço no que tange às penas privativas de liberdade, significando, ainda, progresso nos correntes dias, em especial frente ao caos instalado no Sistema Carcerário Brasileiro.

Atualmente, o cumprimento, por si só, da Lei de Execuções Penais por parte do Estado já provocaria várias mudanças no contexto prisional. É relevante anotar que cabe à União e aos Estados a administração do Sistema e o cumprimento da LEP. Todavia, o que se vê são administrações inefficientes, processos judiciais lentos, além de preconceitos de várias formas, o que gera a falta de capacidade para promover a reabilitação das pessoas

presas e desrespeitos de todas as formas.

Destarte, há que se dar maior atenção à urgência no tocante à implementação de políticas públicas que respeitem o condenado e, sobretudo, que contemplem as particularidades do cumprimento de suas penas.

Para tanto, mostra-se imprescindível que isso se faça numa perspectiva transdisciplinar, de atuação integrada de políticas sociais, criminais e de execução penal, envolvendo, sobretudo, práticas educacionais, que devem ser implementadas em contextos prisionais, com vistas à mudança das condições instaladas, modificando-se a situação das pessoas em situação de cárcere fortalecendo, assim, as ações de reinserção social.

Constata-se, assim, que as ações institucionais desenvolvem-se sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização da execução penal. Essas são precárias, isoladas, pontuais, ineficazes e só contribuem para a degradação e violação do direito a uma vida digna. Nota-se que todas as formas de encarceramento são complexas, o que implica em pensar no agravamento dessa situação.

Pelo exposto, é possível perceber que a tutela voltada aos presidiários existe, que está estampada em várias legislações, tendo, inclusive, o respaldo da Organização das Nações Unidas - ONU. O que falta é o devido cumprimento dessas leis, pois só assim, restará garantida a Dignidade da Pessoa Humana e o respeito à condição de Ser Humano do preso, preceitos esses que a APAC tem a proposta de cumprir.

CONCLUSÕES

Frente ao exposto, percebe-se que o Sistema Carcerário Brasileiro encontra-se em franca decadência e carece de uma reestruturação, visando modificar o panorama prisional, com o objetivo de reduzir as mazelas cotidianamente vivenciadas pelas pessoas em situação de cárcere.

É necessário destacar a responsabilidade do Estado quanto ao dever de cuidar dos detentos. Para tanto, esse ente deve utilizar o Princípio da Proteção Integral, cujo escopo é o de assegurar com prioridade absoluta o seu direito à vida e à dignidade, essa última, de tamanha essencialidade, foi elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, estando estabelecida no Art. 1º, III da Constituição Federal Brasileira de 1988.

É pacífico o entendimento de que é necessário o garantimento de condições dignas de segregação, o que se fará por meio da criação de políticas públicas eficazes de proteção à pessoa encarcerada. Ademais, urge que se acatem medidas como: separar homens e mulheres em estabelecimentos diversos; o estabelecer alas com distinções de detentos por idade, antecedentes penais, razões de detenção; presos provisórios separados dos condenados, e outros cuidados.

Assim, seria suficiente cumprir os preceitos propostos pela Lei de Execuções Penais. Todavia, a administração do Sistema e o cumprimento da LEP são de responsabilidade

dos Estados e da União, mas o que se vê é um cenário oposto, repleto de desrespeito e de falta de capacidade de promover a reabilitação das pessoas encarceradas. Por seu turno, a APAC visa humanizar o sistema prisional, instituindo novas formas de tratamento e contribuindo para a construção da paz social.

Cumpre frisar que no Modelo APAC o objetivo não é essencialmente o encarceramento do indivíduo que cometeu uma infração penal, havendo, ao contrário, um controle minucioso das condutas, da vida desse indivíduo. Destarte, na perspectiva Apaquiana, dá-se visibilidade ao indivíduo, diversamente do que ocorre no modelo tradicional, abrindo-se, pois, espaço para a utilização dos princípios constitucionais, que viabilizarão a humanização no cumprimento das penas.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o Método APAC, uma iniciativa do Tribunal de Minas Gerais (TJMG), propõe a recuperação do indivíduo encarcerado, bem como a sua reinserção social, sendo que, para tanto, serão utilizados princípios constitucionais que permitirão o cumprimento adequado das penas impostas em razão do cometimento de um delito. Ademais, levar-se-ão em consideração.

REFERÊNCIAS

_____. **Resolução nº 663 de 31 de Julho de 1957.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdham/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 10.10.2018.

BATISTA, Helder Silva; Paiva, Bárbara; Ramos, François Silva. **APAC: Uma Instituição a Serviço da Humanização das Penas.** Pará de Minas – MG: Editora Virtualbooks, 2012. 14X20 cm. 81p.

BRASIL. **Lei nº 7.210, DE 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal.** Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10.10.2018.

LOPES, Beatricee. **A finalidade da Pena Criminal.** Disponível em: <<https://beatricee.jusbrasil.com.br/artigos/117590717/a-finalidade-da-pena-criminal>>. Acesso em: 10.10.2018.

TELLES, Clóvis. **Direito Penal, Justiça e Política em Debate. Disponível.** Disponível em: <<http://www.clovistelles.com.br>>. Acesso em: 09.10.2018.

CAPÍTULO 10

ESTADO DE NECESSIDADE COMO INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Data de aceite: 02/08/2021

Antônio Martelozzo

Desembargador jubilado do TJPR. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania - UNICURITIBA. Conciliador voluntário do TJPR - CEJUSC 2º Grau
<https://orcid.org/0004-00325027800>
<https://lattes.cnpq.br/7742084910434443>

Chede Mamedio Bark

Procurador de Justiça do Estado do Paraná, doutorando em Direito Empresarial e Cidadania - UNICURITIBA. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC PR
<https://orcid.org/0000-0002-9792-2401>
<https://lattes.cnpq.br/2911487967925743>

STATE OF NEED AS A CRIMINAL POLITIC INSTITUTE

ABSTRACT: The research focus on the state of need (Criminal Code, arts. 23, I and 24) as an exclusionary cause of illegality. The hypothesis falls on agents that do something to save someone who is in danger. The Civil Code admits the institute. There are two theories on Criminal Law about it. The one who does the deed, do it fairly. The state of need integrates the law area. The law predicts reduced sentence when the hypothesis of art. 24, §2º, of Criminal Code incides.

KEYWORDS: State of Need. Criminal Politic Institute. Illegality. Exclusion. Requirements. Theories.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é realizar o estudo do instituto do estado de necessidade como excludente de ilicitude (arts. 23, I e 24, Código Penal), com o intuito, inclusive, de conhecê-lo melhor e suscitar o debate pela relevância do tema. Objetiva-se trazer a estudo conceitos teóricos agasalhados na doutrina não fugindo do campo penal.

Despertou o interesse, também, pela arguição, no foro, desse instituto por vezes acolhida, havendo autores que o tratam fora do campo jurídico.

Desenvolver-se-á o artigo começando-se pelo conceito de estado de necessidade (cap. 1) e a seguir virão capítulos onde serão abordadas

RESUMO: A pesquisa apresentada trata do estado de necessidade o qual figura no Código Penal (arts. 23, I e 24), como causa excludente da ilicitude. A hipótese recai sobre o agente que pratica uma ação para salvar alguém de perigo. O provocador nem sempre pode invocá-lo. O Código Civil admite o instituto. Há duas teorias no Direito Penal versando sobre o tema. Aquele que pratica a ação, no caso, pratica-a justa. O estado de necessidade integra o campo do direito. A lei prevê caso de pena reduzida quando incidir a hipótese do art. 24, §2º, do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Necessidade. Política Criminal. Ilicitude. Exclusão. Requisitos. Teorias.

as diretrizes que dizem de perto com a excludente em sua inteireza, com pesquisa na doutrina, não só nacional mas também alienígena e citação de jurisprudência. Far-se-á uma breve incursão no Direito Civil.

Não obstante a importância do assunto, o trabalho não objetiva esgotá-lo.

No que concerne à metodologia a ser empregada, utilizar-se-á o método dedutivo com estudo bibliográfico.

Conclusões e referências constarão também, segundo o exigido.

2 I ESTADO DE NECESSIDADE: CONCEITO

Há um conceito legal no Código Penal no art. 24, *caput*, o qual dispõe: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O conceito de perigo é definido pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, no dizer de Roxin (apud SANTOS, 2008, p. 249).

Noronha (2004, p. 188) ensina que se diz “em estado de necessidade a pessoa que, para salvar um bem jurídico seu ou alheio, exposto a perigo atual ou iminente, sacrifica o de outrem”. Ocorre com o mesmo um conflito de bens-interesses, um choque de dois bens.

O Código Penal enquadra-o como excludente da ilicitude. A Escola Clássica, por seu turno, considera-o excludente da imputabilidade.

Noronha (2004, p. 188) refere que Mezger entende que “*no procede culpablemente el que actúa en el estado de necesidad*”.

Bruno (1967, p. 387) diz que esse estado trata-se de “uma situação em que se encontra o homem que, para salvar do perigo atual ou iminente um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar um bem jurídico de outrem”.

O Código, segundo se lê, tem-no como descriminante: não há crime.

3 I FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

No particular, os autores que tratam do tema não são unânimes.

Em o Código Penal, tal qual posto, o estado de necessidade é causa de justificação (arts. 23, I e 24, *caput*).

Há quem coloque o tema fora do Direito Penal; os filósofos do jusnaturalismo, por exemplo.

Prado (1982, p. 8), citando Puffendorf, reporta-se “a irresistibilidade do instinto de conservação”, colocando o estado de necessidade fora do Direito. Wolff o entendeu como se registrando um conflito de leis e direitos. O Positivismo não o dá como ato justificado.

Entre nós o ato necessário contempla autêntica causa de justificação. Por isso, não se impõe discutir, como autores estrangeiros fazem, entre estado de necessidade

justificante e estado de necessidade exculpante.

Maggiore, lembrado por Prado (1982, p. 9-10), sintetiza as principais teorias descrevendo-as: umas que têm esse estado estudando-o fora do Direito, outras dele tiraram o caráter criminal e, finalmente, dando-o como porta voz de ação justa. Wolff e Fichte incluem-se na primeira categoria; Geyer e Kant, na segunda e, nas últimas, estão Berner e Hegel.

4 I REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade conta como requisitos objetivos os seguintes: a) perigo atual e inevitável; b) direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se; c) não provocado pela vontade do agente; e d) inexistência do dever de enfrentar o perigo; como requisito subjetivo, Prado (2014, p. 431) cita a ciência da situação fática, vontade ou ânimo de salvar o bem ou direito em perigo.

4.1 Perigo atual e inevitável

Trata-se do perigo concreto e imediato, com probabilidade de dano real, dotado de certeza e objetividade. De onde pode ele originar-se: de naufrágios, inundações, incêndios (acontecimentos naturais); por fenômenos sociais como acidentes e distúrbios civis. Santos (2008, p. 249), parafraseando Hirsch, acrescenta que há outros acontecimentos humanos, “desde que não constituam a agressão antijurídica da legítima defesa”.

E o perigo iminente o que acontece?

A lei apenas fala no perigo atual (CP, art. 24); a doutrina e a jurisprudência reconhecem o estado de necessidade, ainda, quando o perigo seja iminente.

Só se admite o sacrifício do bem quando não existir qualquer outro meio de realizar o salvamento.

O critério objetivo é que pode identificar a situação de inevitabilidade.

4.2 Direito próprio ou alheio

Da lei deflui-se que o direito próprio ou alheio é o que se pretende salvar (socorro a terceiro), quer seja por motivo de ordem pessoal (amizade, parentesco) ou solidariedade humana. Aqui, segundo Capez (2007, p. 277), direito é empregado no sentido de qualquer bem tutelado pelo ordenamento legal. Pode ser a vida, a liberdade, o patrimônio, a honra, a segurança, a integridade física e mental, além, pode-se afirmar, de todos os demais bens e interesses suscetíveis de proteção jurídica.

A razoável inexigibilidade de que fala a lei (o requisito sob exame diz do direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se), implica na ponderação objetiva dos bens e interesses em confronto. Diz de perto, aqui, com uma necessária proporcionalidade levando em conta a gravidade do perigo e a lesão produzida.

4.3 Não provocação pela vontade do agente

O agente não pode, por vontade própria ou outra, causar a situação de perigo. Se agir com dolo inexistirá o estado de necessidade.

Ensina-nos Estefam (2020) que se o agente provocou o perigo culposamente, poderá ser beneficiado pela excludente. Discorrendo a respeito do assunto, referido autor diz que “há quem entenda de maneira diversa, equiparando a provocação voluntária tanto à dolosa como à culposa?” (p. 304).

Capez (2007, p. 277) ensina-nos que a expressão “perigo causado por vontade do agente”, tem significado divergente, mencionando duas posições, sendo a primeira, capitaneada por Damásio E. de Jesus, para a qual somente o perigo causado dolosamente impede que seu autor alegue o estado de necessidade; a segunda, capitaneada por Assis Toledo, que entende que tanto o perigo doloso quanto o originado de culpa obstam a alegação do estado de necessidade.

A posição de Capez (2007, p. 278) é que o legislador quando trata dessa particularidade quis referir-se apenas “ao agente que cria a situação de perigo dolosamente, excluindo, portanto, o perigo culposo”.

O provocador voluntário assim, da situação de perigo, não é favorecido pela lei.

4.4 Inexistência do dever de enfrentar o perigo

Segundo Prado (2006, p. 129), “o dever de enfrentar o perigo, dever de auto-sacrifício, de arriscar, é obrigação exclusivamente legal, não compreendendo o dever contratual, ético ou social, inerente a algumas atividades ou profissões”.

De forma bastante clara dispõe o Código Penal no art. 24, §1º, que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever de enfrentar o perigo”. Estão nesse rol, dentre outros, o bombeiro, o policial e o capitão de navio.

O primeiro, por exemplo, que é membro da corporação que se destina a prestar socorro em casos de incêndio ou de sinistro, não pode se eximir de salvar uma pessoa num prédio em chamas sob o pretexto de correr o risco de se queimar. Não pode o mesmo fugir da situação de perigo advinda do incêndio. Para Estefam (2020, p. 304) dele não se exige heroísmo: ele “ingressar em uma casa totalmente em chamas para salvar algum bem valioso, sendo improvável, na situação, que ele sobreviva, apesar de todo o seu treinamento”.

5 I REQUISITO SUBJETIVO

Deixa Prado (2014, p. 431) bastante claro que o requisito de que ora se trata se traduz na “ciência da situação fática, vontade ou ânimo (*animus salvationis*) de salvar o bem ou direito em perigo. O agente, além do conhecimento dos elementos objetivos da justificante, deve atuar com o fim, com a vontade de salvamento”.

O requisito subjetivo é imprescindível nas espécies de estado de necessidade: quer justificante, quer exculpante.

Santos (2008, p. 258) reporta-se a elementos subjetivos do estado de necessidade onde inclui apenas a situação justificante, esta representada pelo perigo atual, involuntário e inevitável de outro modo. E sempre se tendo conhecimento da situação justificante.

6 | CONFLITO DE INTERESSES DO MESMO PORTADOR

Para Santos (2008, p. 263), em situações de conflito de interesses diversos do mesmo portador, elas podem ser decididas de modo diferente, dependendo da capacidade de consentimento e também da disponibilidade do bem jurídico respectivo.

Referido autor cita dois exemplos: a) “abrir correspondência alheia para informações necessárias ao destinatário em viagem [...] são ações justificadas pelo consentimento presumido do titular do bem jurídico, com fundamento em juízo hipotético de provável decisão igual, se fosse perguntado”; b) lançar criança pela janela com risco de ferimento grave para salvar de morte certa no prédio em chamas” [...], o portador do bem jurídico não tem capacidade consentimento.

7 | TEORIAS

Duas teorias existem sobre a matéria: a unitária ou monista objetiva e a dualista ou diferenciadora objetiva, tendo a primeira sido adotada pelo nosso Código Penal (esta originária da *contrainte physique* do Código Penal francês de 1810).

Essa teoria objetiva abraçada por nós considera que o estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, e nas palavras de Prado (2004, p. 428), “independentemente da ponderação de bens em confronto”.

A formulação da teoria dualista ou diferenciadora atribui-se a Goldschmidt e Freudenthal, a qual distingue entre colisão de bens de igual valor ou de valor maior, havendo exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta diferenciando o conflito de bens desiguais. Entende injustificável qualquer ponderação entre vidas humanas, utilizando, dentre outros argumentos: dos valores jurídicos que não são simples valores utilitários e de uma ética de valor racional que no dizer de Welzel (apud SANTOS, 2008, p. 255), “exclui cálculos avaliativos ou critérios ligados à finalidades racionais em relação à vida humana”.

O Código Penal militar brasileiro optou pela teoria diferenciadora (arts. 39 e 43). Também a adotou o Código Penal de 1969, revogado pela Lei nº 6.578/78. Referida teoria é, hoje, dominante em vários países.

8 I CRIMES NÃO PASSÍVEIS DE INVOCAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

No respectivo rol acham-se os crimes habituais (aqueles que revelam um estilo de vida do agente em atos reiterados, como por exemplo, o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica – CP, art. 282); os crimes permanentes (aqueles com a consumação que se protraí no tempo, como sucede no sequestro e cárcere privado – CP, art. 148), e, ainda, todos os crimes onde se tem reiteração criminosa. Nesses delitos registra-se a falta de atualidade na situação de perigo.

Como se deflui do Código Penal, há alusão no art. 24, *caput*, à atualidade no que diz respeito à situação de perigo.

Em casos excepcionais, na lição de Capez (2007, p. 280), há exceção à dita regra, como no caso de “um particular que exerce a medicina em uma ilha onde não há profissional habilitado, nem tampouco qualquer ligação com o mundo externo”, o qual, portanto, pode alegar o estado de necessidade.

9 I PESSOA JURÍDICA E ESTADO DE NECESSIDADE

A pessoa jurídica pode alegar estado de necessidade.

Ribeiro (1991, p. 374), aludindo a entendimento de Aníbal Bruno assevera que “a tendência é para ampliar o alcance da justificativa no sentido de mais humana compreensão do conceito de necessidade”. Diz ele que não há “dúvida de que a sustentação penal referente ao estado de necessidade se aplica à pessoa jurídica”. O autor nominou um artigo que escreveu: o “Estado de necessidade” e o “*Habeas Corpus*” e sua sustentação e impetração por pessoa jurídica (RT vol. 674/374), onde discorre sobre o tema, fundamentando-o na doutrina e na jurisprudência.

O ponto de vista do nosso Código Penal corresponde ao espírito do Direito Penal Moderno.

10 I JUSTIFICAÇÃO E EXCULPAÇÃO

Entre justificação e excusação há sutil diferença.

Em sede de estado de necessidade registra-se clara aproximação entre os dois termos.

Na doutrina tem-se uma classificação do estado de necessidade em justificante e em estado de necessidade exculpante.

O Código Penal, já que adotou a teoria unitária, empresta-lhe um tratamento único: tal estado exclui, sempre, a ilicitude do comportamento (trata-se de estado de necessidade justificante). E nele há uma colisão de interesses entre titulares de bens jurídicos, diverso do que ocorre na legítima defesa.

O Código Penal alemão de 1975, no art. 34, incorporou o estado de necessidade

justificante e o fez com o estado de necessidade exculpante no art. 35.

Busato (2013, p. 485) refere ser “corrente nos modelos de organização da teoria do delito a adoção do molde alemão de análise escalonada”.

Do estatuído em nossa lei penal decorrente dos arts. 23, I (exclusão da ilicitude), 24 (estado de necessidade), 128, I (aborto necessário), 146, §3º, I (constrangimento ilegal) decorrente, ainda, do disposto no art. 188, II, do Código Civil (atos não ilícitos, onde está compreendido também o estado de necessidade), é justificante fundamentalmente o instituto ora enfocado, tido como acima dito, causa de exclusão de ilicitude.

11 I EXCLUSÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

De alguma forma a questão foi tratada no cap. 4.4, podendo-se acrescentar que o dever decorrente do citado art. 24, §1º, do Código Penal, não é absoluto.

Assim se tem que o guarda de penitenciária não ser-lhe lícito sacrificar o bem de outrem para defender o seu.

Do exposto, cumpre se indaga tratando a lei dos vocábulos dever legal: o dever jurídico impede de invocar o estado de necessidade?

Para Noronha (2004, p. 192), na doutrina alienígena a resposta é negativa. Ele, referindo-se a Sauer, transcreve: “*Ciertas personas, incluso sin deber legal expreso, deben tomar sobre sí graves peligros*”, exemplificando com o marinheiro, o médico, o enfermeiro, o sacerdote, o professor, o pessoal de laboratório etc., citados por ele em seu Derecho Penal.

O Código italiano não fala em dever legal, sendo expresso ao referir-se a dever jurídico, diferentemente do estatuto pátrio.

Em nosso ordenamento jurídico há autores que sustentam que a relação derivada de contrato é impediente do estado de necessidade, dentre outros Galdino Siqueira, Bento de Faria, Costa e Silva e José Frederico Marques. Posicionam-se em sentido contrário Nélson Hungria e Basileu Garcia.

Para Noronha (2004, p. 193) o contido no art. 24, §1º, do Código Penal, “é restrição imposta a um benefício, a uma faculdade, não nos parecendo admissível ampliá-la em detrimento do acusado”.

12 I ESTADO DE NECESSIDADE CONTRA ESTADO DE NECESSIDADE

A doutrina tem admitido essa possibilidade.

Prado (2006, p. 129), tratando da particularidade, assevera ser a mesma cabível “pois aqui há conflito lícito de bens (ex.: tábua de salvação)”.

13 I POLÍTICA CRIMINAL

O estado de necessidade não deixa de ser medida de política criminal, revestindo-

se de sentido humanitário. Ele é identificado, ensina Busato (2013, p. 474), “a partir da presença de circunstâncias que dão ao fato um caráter de emergência e uma atitude que obedece a requisitos específicos capaz de torná-la impune”.

Aqui, na verdade, respira-se o sentido humanitário do Direito, não se exigindo renúncia heroica.

Discorrendo sobre este item, Bitencourt (2004, p. 93) trata da postura do Estado como política criminal divergindo do jusnaturalismo o qual sustentava que haveria, no particular, uma derrogação da ordem jurídica. E acrescenta: “o Direito continua presente: apenas se acomoda dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz”.

14 I FORMAS DO ESTADO DE NECESSIDADE

As formas elencadas pela doutrina dizem respeito: a) quanto à titularidade do interesse protegido: o estado de necessidade próprio (quando se defende direito próprio) ou de terceiro (quando se defende direito de outrem); b) quanto ao aspecto subjetivo do agente: putativo e real, respectivamente, quando o agente imagina uma situação de perigo (este inexistente) e quando for real a situação de perigo; c) quanto ao terceiro que sofre a ofensa: agressivo (ocorrendo quando o agente destrói bem de terceiro inocente) e defensivo (quando a agressão divige-se contra o provocador dos fatos).

Nos dizeres de Estefam (2020, p. 305) o estado de necessidade real é aquele capitulado no art. 24. Noronha (2004, p. 193) referindo-se ao estado de necessidade dito putativo ensina que pode a “excludente de antijuvicidio, contemplada no art. 24, provir de qualquer causa, exceto do próprio agente”, podendo originar-se do ato humano, do fato de um irracional, da força da natureza etc.

15 I CASOS CLÁSSICOS CITADOS NA DOUTRINA

São casos comumente citados de estado de necessidade: o dos naufragos, em pleno oceano, sobre uma tábua que pode sustentar um deles; o do alpinista que precipita no abismo o companheiro, visto que a corda que os sustenta não suporta o seu peso; o do espectador de uma causa de diversões que se incendeia e que para se salvar fere ou mata outro espectador.

Capez (2007, p. 274) cita o caso do pedestre que se joga na frente de um motorista, que, “para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades”.

É conhecido, ainda, a ocorrência de antropofagia, no exemplo fornecido por Oliveira (1973, p. 477), que ocorreu após o desastre aéreo da Cordilheira dos Andes na década de 1970, onde os sobreviventes, para não morrerem de fome, assim procederam.

16 I ESTADO DE NECESSIDADE E DIFICULDADES ECONÔMICAS

Em sua maioria, a jurisprudência, dependendo do ocorrido, não admite a alegação do agente como causa excludente da ilicitude. Por si sós, o desemprego e as dificuldades financeiras não caracterizam a descriminante.

Extrai-se do voto relatado pelo Min. Felix Fisher, no REsp 499.442-PE, que “a alegação da qualidade de vida, mesmo implicando em dificuldades financeiras, por si só, não preenche os requisitos, do *status necessitatis*” (5^a T., RSTj 172/542-43, ano 15, dez. 2003).

A doutrina pesquisada não trata deste tópico.

Outros exemplos virão no capítulo que transcreve jurisprudência.

17 I CULPABILIDADE DIMINUÍDA

Dispõe o Código Penal no art. 24, §2º, que “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de 1 a 2/3” (um a dois terços) “(um a dois terços).

A razoabilidade é causa especial de redução de pena.

Ensina-nos Prado (2004, p. 431), quando se refere ao requisito do estado de necessidade escudado no direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se, escreve: “em caso de o sacrifício do direito ameaçado ser razoavelmente exigido, pode a pena ser reduzida de um a dois terços”.

Bitencourt (2004, p. 96), textualmente ensina que “a flexibilidade que deve ter na análise da razoabilidade do sacrifício do bem em conflito está assegurada na previsão do § 2º do art. 24” [...]. Não deixa de ser, como já referimos, “a admissão de uma culpabilidade diminuída”.

Noronha (2004, p. 191), sobre este item, assevera que “a consideração objetiva do valor do bem e a subjetiva, referente à importância que lhe confere o indivíduo, bem como a situação deste, no momento, fornecerão os elementos necessários para se apurar a inexigibilidade do sacrifício. Se este era razoavelmente exigível, desaparece a excludente de ilicitude”, importando na redução da pena.

A visão de Bitencourt (2004, p.94) difere da maioria dos doutrinadores pois chega a afirmar que o que traduz o citado art. 24, §2º, é uma ponderação de bens.

18 I ESTADO DE NECESSIDADE E O DIREITO CIVIL

O instituto estado de necessidade acha-se presente no Direito Civil ao menos no art. 188, II (Título III).

Medina e Araújo (2018, p. 258), estudando o assunto, aludem o estado de necessidade e ponderação entre bens jurídicos envolvidos, dizendo que se impõe no estado de necessidade “a remoção de uma situação de perigo voltada contra uma pessoa ou contra seus bens”. Na avaliação desta situação de perigo “deve-se ponderar entre os bens

jurídicos envolvidos, averiguando-se a prevalência que justifique o dano a ser praticado”, isso segundo Claus Roxin.

Dispõe o artigo supracitado: “não constituem atos ilícitos: a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Em qualquer caso não se pode exceder “os limites do indispensável para a remoção do perigo” (art. 188, parágrafo único).

Beviláqua (1953, p. 347) sustenta que a lei civil, de modo expresso, “admite que o perigo possa ser iminente e, quanto ao balanceamento de bens, a doutrina acentua que o estado de necessidade somente se caracteriza se o mal, que se pretende evitar, for maior do que o praticado para removê-lo”.

Não se tem dúvida de que a redação do art. 188, II, do Código Civil, diz respeito ao estado de necessidade (FLORÊNCIO, 2016, p. 204).

19 I JURISPRUDÊNCIA

Acerca do presente tema serão transcritas ementas de julgados de nossos Tribunais, conforme segue:

Do TJRS: “Apelação – Crime – Furto famélico – Estado de necessidade – Inocorrência. Não há falar em furto famélico se não há nos autos qualquer elemento que demonstra ter o réu subtraído as *res furtivae* no instituto de suprir carência alimentar” (8^a Cam. Crim., Op. 70011144086, Rel. Des. Rogue M. Fank, j. 27/04/2005) (PRADO, 2006, p. 131).

Do TRF 3^a R.: No mesmo sentido quando se alegou dificuldades financeiras: (2^a T., Ap. 1999.03.99.005110-3, Rel. Des. Nelton dos Santos, Dju 22.04.2005, p. 245).

Do extinto TACRimSP:

Estado de necessidade – Furto – Acusado que, desempregado, devendo prover a subsistência da prole numerosa e esposa grávida, subtrai alimentos e utilidades domésticas em supermercado – absolvição mantida – inteligência dos arts. 20 do CP de 1940 e 386, V, do CPP (4^a Câm., Ap. 308.337-8, Rel. Juiz Luiz Pantaleão, j. 6/6/84, RT 600/367 – m.v.).

Do mesmo Tribunal:

Contravenção Penal – Falta de habilitação para dirigir veículo na via pública – Estado de necessidade comprovado – Pai que se utilizou do carro à noite para adquirir medicamento para o filho enfermo – Absolvição decretada – Inteligência dos arts. 32 do LCP e 24 do CP. [...] Identifica-se o estado de necessidade sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado (12^a Câm., Ap. 402.093-5, Rel. Juiz Gonzaga Franceschini, j. 30/9/95, RT 603/354 – un. (provido para absolver o aplante).

No mesmo sentido: TAMG (2^a Câm. Cum., Ap. 12.328, Rel. Juiz Gudesteu Biber, j. 4/3/85, RT 608/392, un.).

Do TJDF: “O estado de necessidade – excludente objetiva de criminalidade – não se

caracteriza quando ao agente era razoável exigir-se conduta diversa” (Ap. Crim., Rel. Des. Luiz Vicente Cernicchiaro, Dju 16/5/78, p. 3368).

Do TJSP: “Não há falar em estado de necessidade se, ao praticar o crime, não se achava o acusado sob perigo atual ou iminente a sua saúde” (RT 376/108).

Não reconhecendo a excludente, decidiu o TACrimSP por sua 2^a Câmara: “Estado de necessidade – Agente que, estando em difícil situação financeira, se apodera de valores alheios – Excludente não reconhecida” (Ap. 93.815, Rel. Juiz Edmond Acar, j. 24/9/1974, in julgados do TACrimSP nº 84/495).

20 I CONCLUSÕES

Primeiramente entende-se dever ser estudado o instituto – estado de necessidade – sob a ótica da política criminal e não só do Direito Penal. Desde as suas origens, ele sempre foi concebido com um sentido e caráter humanitários.

O perigo aludido na lei é apenas o atual. No Direito Civil abriga-se também a iminente. Se o perigo já se efetivou estará a ação do agente legitimada para impedir sua continuação. Nesse contexto, aquele que provoca o perigo não pode beneficiar-se da excludente. Jamais poderá ele causar dita situação.

A situação de necessidade pressupõe a existência de um perigo (atual) pondo em conflito dois ou mais interesses tidos por legítimos.

Assim sendo, quando a lei se reporta aos termos: “que não provocou por sua vontade”, está a afirmar que a agente não provocou intencionalmente o perigo. Por isso, a situação de inevitabilidade, em face das circunstâncias do caso concreto, deve atender a um critério objetivo.

Isto posto, na defesa de direito alheio não é exigida qualquer relação específica do agente com o titular do bem preservado.

Verificou-se no decorrer deste artigo que o objetivo central nos casos de estado de necessidade é, em outras palavras, a eliminação do perigo.

Quando o texto legal se reporta a dever legal (que não deve ser interpretado como absoluto), não inclui o dever jurídico.

O Código Penal, abraçando a teoria unitária, reconhece o estado de necessidade como causa de justificação. Trata-se de causa de exclusão da ilicitude.

Por fim, observou-se diante do que dizem a lei e a doutrina, aproximação visível entre justificação e exculpação.

O Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora que é excludente da culpabilidade (art. 39) e, ainda, excludente da criminalidade (art. 43).

Portanto, ainda que a redação do art. 188, II, do Código Civil pareça ambígua, refere-se a mesma ao estado de necessidade.

REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luiz Jimenez de. **Tratado de derecho penal.** v. 1. Buenos Aires: Losada, 1961.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1981.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 2. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** T. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso do direito penal:** parte geral. v. 1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- FLORÊNCIO, Gilbert R. Lopes. **Código civil interpretado.** Organizador Costa Machado. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximiliano C. Américo. **Resumo de direito penal:** parte geral. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: THOMSON Reuters Brasil, 2018.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** parte geral. v. 1. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Moacyr de. Do Estado de necessidade (o exemplo dos Andes). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 62, n. 450, p. 474-481, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro:** parte geral. v. 2 São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Comentários ao código penal.** 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. Sobre o estado de necessidade. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, Jurid Vellenich Ltda, ano 6, n. 20, p. 3-16, 1982.
- RIBEIRO, Arthur Ferraz. O estado de necessidade e o habeas corpus. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 80, n. 674, p. 374-375, 1991.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Jures, 2008.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPÍTULO 11

CRIMES PASSIONAIS: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Data de aceite: 02/08/2021

Rosa Cristina da Costa Vasconcelos

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em
Cognição e Linguagem (UENF)
<http://lattes.cnpq.br/0745485956595699>

Andrea Soutto Mayor

Professora Adjunta do curso de Psicologia
(UFF)
<http://lattes.cnpq.br/6129863558242126>

RESUMO: Na construção social do país, foi possível observar uma evolução jurídica quanto ao julgamento de crimes cometidos contra a mulher. Enquanto no Período Colonial as Ordenações Filipinas permitiam que maridos assassinassem mulheres que cometessem adultério em nome de sua honra, atualmente o Código Penal Brasileiro possui a Lei Maria da Penha, responsável por assegurar os direitos das mulheres e aplicar medidas protetivas em caso de agressão, assim como a Lei do Feminicídio, que, em tese, garante que o julgamento de homicídios de mulheres seja mais rigoroso. O presente capítulo tem o objetivo de apresentar o histórico da legislação referente aos crimes passionais e a evolução histórica para a garantia da proteção dos direitos das mulheres.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a mulher; crimes passionais; feminicídio.

CRIMES OF PASSION: BACKGROUND HISTORY IN TRAINING AND BRAZILIAN SOCIETY DEVELOPMENT

ABSTRACT: In the social construction of the

country, it was possible to observe a legal evolution regarding the trial of crimes committed against women. While in the Colonial Period the Philippine Ordinances allowed husbands to murder women who committed adultery in the name of their honor, currently the Brazilian Penal Code has the Maria da Penha Law, responsible for ensuring women's rights and applying protective measures in the event of aggression, as well as such as the Feminicide Law, which, in theory, ensures that the trial of homicides of women is more rigorous. The purpose of this chapter is to present the history of legislation related to crimes of passion and the historical evolution to guarantee the protection of women's rights.

KEYWORDS: Violence against women; crimes of passion; femicide.

INTRODUÇÃO

Apesar de muitos avanços conquistados acerca dos direitos das mulheres, favorecendo com que estas ocupem diferentes espaços e não mais seja possível definir de maneira limitada qual é o papel da mulher, a condição de "ser mulher" ainda é a justificativa para que sejam vítimas de diversas violências. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018), apontam que foram registrados, no ano de 2017, 4.473 homicídios dolosos de mulheres. Segundo a ONU, cerca de 5 mil mulheres são assassinadas, por ano, em nome da honra.

Lelis e Cavalcante (2016) afirmam que a violência contra a mulher é inerente ao

comportamento humano, visto que o mesmo perpassa gerações e se atualiza de diversas formas com o passar do tempo. Os autores acrescentam que, desde a infância, valores específicos são determinados de forma diferente para meninos e meninas: enquanto meninos são incentivados a ter comportamentos agressivos, auto afirmativos e uma sexualidade precoce, meninas são ensinadas a desenvolver comportamentos submissos e cuidar para que sua reputação não seja manchada.

Ainda tratando de definições de papéis, Lins (2015) aponta que as questões relacionadas ao sexo e ao prazer permanecem relacionadas à masculinidade, enquanto as questões afetivas e a sexualidade privada estão relacionadas ao feminino. Desta forma, espera-se que a mulher viva sua sexualidade com resguardo e pudor, enquanto o homem “tem o direito” de expor suas fantasias e aventuras sexuais. Quando a mulher transgride esse modelo previsto, é alvo de comentários preconceituosos e ataques pessoais, como se a mesma não possuísse os mesmos direitos que indivíduos do sexo masculino. Conforme Lelis e Cavalcante (2016), as construções acerca de papéis de gênero tendem a limitar a potencialidade dos indivíduos, contribuindo para a criação de rótulos e limitando as potencialidades dos indivíduos no meio social.

Ideias sobre as definições de papéis certamente interferem nos relacionamentos amorosos, pois a partir delas são desenvolvidas expectativas com relação aos comportamentos do parceiro e a dinâmica do casal. Datilio (2011) aponta que homem e mulher desenvolvem desde a infância diferentes crenças acerca da sua representação de papéis. Algumas das crenças são transgeracionais, visto que são aprendidas a partir da observação de modelos familiares, isto é, pais, mães ou outros cuidadores. Na vida adulta, estas crenças são incorporadas pelos indivíduos em seus próprios relacionamentos. Quando as crenças não são compartilhadas pelos parceiros, é possível que surjam conflitos em seu relacionamento amoroso.

A resolução dos conflitos, entretanto, depende do bom relacionamento entre os parceiros, assim como da habilidade de comunicação entre eles estabelecida. Essa resolução pode ocorrer de diversas maneiras adaptativas, por exemplo, a partir de diálogo no âmbito privado do casal ou a busca de intervenção terapêutica. Muitas vezes, entretanto, um dos membros do casal busca uma resolução não adaptativa, causando prejuízos para o parceiro e para o relacionamento em sua totalidade. A violência contra a mulher pode ser analisada como uma resolução desadaptativa quando esta ocorre tendo como justificativa a insatisfação com o comportamento emitido pela mulher.

CRIMES PASSIONAIS: HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Consoante Eluf (2003), os crimes passionais, no âmbito jurídico, são delitos cometidos na esfera de relacionamentos amorosos ou性uais, onde o agressor comete o crime tendo como principal justificativa a paixão, existindo, entretanto, diversas outras motivações

relacionadas a sentimentos negativos. A autora questiona o uso da “paixão” como principal justificativa, pois remete a ideia do homicídio como um ato nobre realizado pelo agressor por não conseguir conviver sem sua amada. Ao analisar os casos, percebe-se que o ato não pode ser justificado por sentimentos de amor, mas sim por sentimentos opostos como ódio, sentimento de posse, ciúmes e frustração pelo insucesso do relacionamento. O discurso comumente compartilhado pelos agressores é “Se não é minha, não será de mais ninguém”. A percepção da impossibilidade de manter a mulher sob o seu domínio acarreta no parceiro o desejo de por fim a vida da vítima, mesmo sabendo que esta não mais poderá ser “sua”. A existência deste tipo de crime ainda na atualidade está relacionada ao desenvolvimento machista e patriarcal da sociedade brasileira, que coloca a mulher em um papel inferior desde a formação do país.

No Período Colonial, o Brasil respondia a legislação portuguesa, chamada Ordenações Filipinas. Segundo Sosa (2012), apesar da ausência de legislação específica para os crimes passionais, as Ordenações Filipinas possuíam um artigo que permitia a vingança privada em casos de adultério: “(...) achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade” (CORRÊA, 1981. p.15 *apud* SOSA, 2012).

Esta legislação, portanto, permitia que a mulher sofresse uma punição por exercer um comportamento diferente do que era aprovado socialmente. Ao cometer o crime, portanto, o homem estaria “limpando” sua imagem. A honra do homem estaria diretamente entrelaçada ao comportamento de sua parceira: caso a mulher exercesse os papéis que lhe cabiam, o homem seria honrado, caso contrário, perderia sua honra e deveria recuperá-la de forma violenta. É importante salientar que, caso o marido cometesse o adultério, a mulher não possuiria o direito de matá-lo, cabendo a ela apenas aceitar sua condição. A partir disso, é possível perceber que desigualdades justificadas por questões de gênero sempre existiram em nosso país.

O Primeiro Código Penal brasileiro foi constituído apenas durante o Primeiro Reinado, em 1830. Nesta legislação, houve mudança quanto à penalidade anteriormente aplicada a casos de adultério. A mulher considerada adúltera não mais receberia a “ pena de morte” de seu cônjuge, mas cumpriria sua pena em regime fechado. Além disso, homens que cometessem adultério receberiam a mesma penalidade:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a três annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente. (BRASIL, 1830, on-line).

O primeiro Código Penal do país, portanto, previa que os homens que cometessem o crime de homicídio em casos de adultério poderiam ter sua pena reduzida ou até mesmo

serem inocentados do crime cometido. Em 1940, a legislação sofreu alterações, dando origem ao Código Penal que ainda é vigente no país, e o adultério deixou de ser considerado um crime. Também neste período histórico as mulheres conquistaram avanços na garantia de seus direitos, como, por exemplo, direito ao voto e a inserção na indústria. A população feminina, portanto, passa a ocupar novos espaços e caminha na busca da igualdade entre os gêneros.

Conforme Eluf (2003), a alteração realizada no código penal foi desaprovada pelos advogados de defesa dos agressores, que buscavam alternativas para inocentar ou atenuar a pena de seus clientes. Um dos mecanismos era o artigo relacionado à violenta emoção. Caso fosse provado que o indivíduo cometeu o homicídio por conta de forte emoção, isto é, caso o indivíduo estivesse com a alteração do estado normal de seus sentidos, sua pena poderia ser atenuada:

§ 1º- Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
(BRASIL, 1940).

Entretanto, consoante Delarmelina (2015), este privilégio não era considerado pelo júri com tanta frequência visto que, nos casos de homicídios passionais, o crime era premeditado em grande parte das vezes, mostrando que o homicida havia articulado o crime e planejado sua execução, havendo, portanto, contradição com a ideia de violenta emoção.

Em virtude disto, nasceu a tese de Legítima Defesa da Honra e Dignidade. Ela retomava a construção de que a conduta inapropriada da mulher fazia com que o homem perdesse sua honra e, a fim de recuperá-la, este agira de forma violenta para com a mulher, chegando ao ponto de tirar-lhe a vida. A tese de legítima defesa da honra ganhou aderência devido à influência da cultura patriarcal não apenas no âmbito social, mas também no âmbito jurídico. Tendo sua ascensão em um período onde o júri era formado exclusivamente por homens, o julgamento se confundia entre a legislação do Código Penal e questões morais atribuídas à conduta do agressor e da vítima. A concepção de que o papel esperado para a mulher envolve submissão, dedicação ao lar e ao cônjuge, pudor e fidelidade faziam com que as vítimas, anteriormente violentadas, fossem desvalorizadas e julgadas mesmo depois de sua morte.

Na década de 70, o emblemático caso do assassinato de Ângela Diniz foi importante para a mudança deste cenário. Ângela Diniz era uma socialite cuja vida estivera sempre nos holofotes. Conhecida como “Pantera de Minas”, Ângela não se enquadrava nos padrões de comportamento esperados para uma mulher, tendo sua vida marcada por alguns ditos escândalos, como o divórcio e a prisão por porte de drogas. Em 1976, Ângela se envolvera com Doca Street, um homem da alta sociedade paulista. Apaixonados, decidiram morar juntos. Quatro meses depois, Ângela decidiu expulsar Doca da casa onde moravam juntos

em Búzios. Insatisfeito com a decisão de Ângela, Doca decidiu retornar a casa e disparou três tiros contra a ex-namorada. Segundo depoimentos de pessoas próximas, Doca era considerado um homem agressivo e possessivo, que constantemente se desentendia com a vítima por conta de seu comportamento dito liberal.

O processo de julgamento foi extremamente conturbado. A defesa utilizava informações sobre a conduta de Ângela para reforçar a tese de legítima defesa da honra. Doca afirmava que a motivação do crime fora passional, citando o envolvimento de Ângela com outra mulher enquanto estavam namorando. Considerada libertina pelos membros que formavam o júri, o assassinato de Ângela, portanto, era justificável, e a sentença aplicada a Doca foi de dois anos de prisão. O caso gerou grande comoção e o movimento feminista, junto a outros setores da população, iniciou a campanha “Quem ama não mata”, reivindicando aplicação de penas mais rígidas nos casos de violência contra a mulher. Dois anos depois, Doca Street foi réu de um novo julgamento e foi condenado a quinze anos de reclusão devido ao crime de homicídio qualificado (ELUF, 2003). A partir disto, a tese de legítima defesa da honra perdeu parte de sua força, fazendo com que os homicídios de mulheres fossem julgados com mais seriedade, independente de questões morais. O Código Penal, entretanto, ainda não possuía leis específicas que garantissem proteção a mulheres vítimas de violência por conta da desigualdade de gênero.

Apenas em 2006 foi sancionada a Lei nº. 11.340, denominada Lei Maria da Penha, que estabelecia novos mecanismos de enfrentamento à violência contra a mulher. A lei não possui apenas caráter punitivo em casos em que a violência foi culminada, mas contempla a criação de uma rede de apoio por meio da implementação de Delegacias de Atendimento Especializado a Mulher e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2006).

Um importante mecanismo de proteção assegurado pela Lei Maria da Penha é o estabelecimento de medidas protetivas de urgência. Em casos em que a mulher se encontra em risco imediato, mediante o boletim de ocorrência, a mulher tem o direito de medidas como afastamento do agressor do ambiente familiar, suspensão do porte de armas do agressor, medidas de restrição de aproximação, entre diversas outras, que visam prevenir novos casos de violência. Doze anos após a implementação da lei, ainda existem dificuldades na efetividade de sua aplicação no âmbito jurídico.

Segundo o Ministério da Justiça (2015), um dos problemas para a aplicação da Lei

11.340 é o despreparo dos profissionais do direito para compreender os mecanismos da lei em questão e aplicá-la nos casos de violência contra a mulher. Além disso, existe também a dificuldade em compreender que a efetividade depende da articulação da rede para que o trabalho protetivo seja realizado pelos órgãos competentes. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015), em seu estudo de análise sobre a efetividade da Lei Maria da Penha, aponta que a heterogeneidade dentre os efeitos observados também se deve ao fato de que os serviços protetivos não foram implementados de forma homogênea nas regiões do território nacional, apesar do seu alcance. Diversas regiões, por exemplo, ainda não possuem Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher. O ato de realizar a denúncia contra o agressor já é perpassado por diversas dificuldades. Quando o Estado não garante o direito da mulher de receber atendimento diferenciado no espaço propício, com profissionais capacitados para atender a especificidade desta demanda, é possível que a mulher recue e continue exposta a situações de violência, que podem ser fatais.

Assumindo a responsabilidade de criar políticas públicas a fim de combater a violência contra a mulher, o Brasil é o único país da América Latina que aderiu a todos os 14 tratados internacionais voltados para a garantia dos direitos das mulheres (Ministério da Justiça, 2015). Além disso, o Brasil foi o 15º dentre os países a criar uma lei específica com relação ao homicídio de mulheres.

No ano de 2015 foi sancionada a lei 13.104, conhecida como Lei do Feminicídio, que classifica o homicídio de mulheres como crime hediondo. Considera-se feminicídio quando a agressão envolve violência doméstica e familiar, ou quando a justificativa do crime é relacionada ao desprezo ou discriminação à condição de mulher. Uma lei específica para julgar os casos de homicídios de mulheres é importante por conta das especificidades relacionadas a crimes contra esta população. Entretanto, é importante salientar que a Lei do Feminicídio não possui caráter preventivo, isto é, não estabelece estratégias e políticas para que as disparidades de gênero sejam reduzida, mas intervém apenas quando a violência contra a mulher atingiu o seu auge.

É importante salientar que os relacionamentos afetivos que culminam no homicídio feminino são marcados por um histórico de violência. O crime passional é o último estágio de um ciclo de violência que não foi interrompido, e esse ciclo tende a ser desconsiderado nos processos de julgamento de casos de feminicídio (Ministério da Justiça, 2015). O julgamento dos crimes de feminicídio muitas vezes ocorre de forma descontextualizada de fatores importantes do histórico do relacionamento que auxiliam a compreender o feminicídio passional como um crime com características diretamente ligadas a questões de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda Executar o Código Criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

_____. Instituto de Pesquisa do DataSenado. *Rede de Enfrentamento a Violência contra as Mulheres – DEAMs*. Brasília, 2016.

_____. *Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 jun. de 2015.

_____. *Lei nº 11.340/06, de 7 de agosto de 2006*. Que coíbe a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Brasília, 2006.

_____. Ministério da Justiça. A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015.

DATILIO, F. M. Manual de terapia cognitivo-comportamental para casais e famílias. Porto Alegre: Artmed, 2011.

DELARMELINA, Maria da Penha Margon. Sociedade, “amor” e crime: análise entre a evolução da sociedade e o tratamento jurídico regalado aos homicídios passionais. 2015. 65 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2015.

ELUF, L. N. A paixão no banco dos réus. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LELIS, A. G. S.; CAVALCANTE, V. A. P. Revenge porn: a nova modalidade de diferença de gênero. *Derecho y Cambio Social*, v. 45, n. 1, p. 1-23, 2016.

LINS, B. A. A internet não gosta de mulheres? Gênero, sexualidade e violência nos debates sobre “pornografia de vingança”. 2015. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_internet_nao_gosta_de_mulheres.pdf . Acesso em 18.03.2018.

CAPÍTULO 12

A ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA ‘PRO REO’: RAZOABILIDADE, PROPORACIONALIDADE E O DIREITO COMPARADO

Data de aceite: 02/08/2021

Jade Mireya Cambuí

Graduanda em Direito pela Unitoledo
Araçatuba/SP

<http://lattes.cnpq.br/7461607592665677>

Moacyr Miguel de Oliveira

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas – UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Teoria do Direito, Processo Civil e Processo Coletivo – UniToledo . Advogado Araçatuba/SP

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4438044D5>

GT1- SISTEMA PENAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, ECONÔMICOS E INTERNACIONAIS

RESUMO: O estudo objetiva analisar a possibilidade jurídica da utilização de provas ilícitas para a comprovação da inocência do acusado no processo penal brasileiro. Assim, embora a Constituição Federal de 1988 imponha a inadmissibilidade de tais provas como regra, buscar-se-á demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido, em circunstâncias excepcionais, a utilização destas provas quando se objetiva comprovar a inocência do réu. Após a exposição do conceito de provas ilícitas e análise de seu regramento na Constituição da República e no Código de Processo Penal, apresentar-se-á precedentes

do STF que bem demonstram que o direito de provar a própria inocência deve prevalecer frente a formalidades procedimentais, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A análise da validade (legalidade- constitucionalidade) da prova deve ser feita no caso concreto, de modo a coibir abusos inadmissíveis. Examinar-se-á a doutrina e o Direito Comparado (EUA e Alemanha) para comprovar que a tese sustentada é a mais adequada para um julgamento justo.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas *pro reo*. Garantias Processuais. Processo Penal.

THE ADMISSIBILITY OF ILLICIT PROOF ‘PRO REO’: REASONABLENESS, PROPORTIONALITY AND COMPARED LAW

ABSTRACT: The study aims to analyze the legal possibility of using illicit evidence to prove the innocence of the accused in Brazilian criminal proceedings. Thus, although the Federal Constitution of 1988 imposes the inadmissibility of such evidence as a rule, it will seek to demonstrate that the jurisprudence of the Supreme Federal Court has admitted, in exceptional circumstances, the use of this proofs when the aim is to prove the defendant's innocence. After the exposition of the concept of illicit proof and the analysis of its rules in the Constitution of the Republic and in the Code of Criminal Procedure, precedents will be presented by the Supreme Court that well demonstrate that the right to prove one's innocence must prevail before procedural formalities, respecting the principles of reasonableness and proportionality.

The analysis of the validity (legality-constitutionality) of the evidence must be made in the specific case, in order to prevent unacceptable abuses. Doctrine and Comparative Law (USA and Germany) will be examined to prove that the sustained thesis is the most adequate for a fair trial.

KEYWORDS: Illicit Proof ‘*Pro Reo*’. Procedural guarantees. Criminal Procedural Law.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o Código de Processo Penal brasileiro, estabelecem, como regra, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos mediante violação de normas constitucionais e legais nos processos administrativos e judiciais. Contudo, a jurisprudência do STF e do STJ tem admitido a utilização dessas provas, em circunstâncias excepcionais, quando se destinam a provar a inocência do acusado.

OBJETIVOS

O presente resumo expandido objetiva demonstrar a possibilidade jurídica de utilização de prova ilícita para comprovação da inocência do réu no processo penal brasileiro, considerando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem autorizado, em circunstâncias excepcionais, a utilização de tais provas. Também se objetiva examinar o tratamento do tema pelo Direito Comparado (EUA e Alemanha) a fim de buscar contribuições teóricas para sustentar a viabilidade da tese ora defendida.

MÉTODO E TÉCNICAS DE PESQUISA

O presente estudo adotou a metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo utilizado como material de pesquisa a jurisprudência, doutrina, artigos científicos, bem como, a análise da atual legislação relacionada à matéria, inclusive Direito comparado.

DISCUSSÃO

Existe consenso na doutrina na definição de “prova ilícita” aquela que for obtida de forma a violar regras do Direito Constitucional ou Penal. O objetivo do legislador constituinte é assegurar o devido processo legal e a proibição a utilização de provas produzidas por meios ilícitos consubstancial uma garantia processual do acusado.

Contudo, a jurisprudência e a doutrina debatem acerca da possibilidade jurídica de se admitir a utilização de provas ilícitas na perspectiva de possibilitar ao réu provar sua inocência quando enfrenta um processo criminal. Assim, através da análise dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – *considerados princípios constitucionais implícitos*

– deve-se proceder a ponderação de valores (sopesamento) e considerar que seria mais prejudicial à sociedade, e ao próprio réu, uma condenação que consista em erro judiciário.

Nesse sentido a denominada “prova ilícita *pro reo*” seria uma razoável exceção à regra, haja vista a finalidade de privilegiar o reconhecimento da inocência do acusado em detrimento de formalidades procedimentais. Assim, a produção de prova ilícita para provar a própria inocência estaria contemplada nas garantias processuais da ampla defesa ou plenitude de defesa (notadamente nos processos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri).

O Supremo Tribunal Federal tem firmado uma jurisprudência que admite o uso de provas obtidas por meios ilícitos, desde que com a finalidade de defender as liberdades públicas fundamentais, afastando-se a ilicitude da prova ante as causas excludentes de ilicitude – especialmente a legítima defesa – em favor do princípio da presunção de inocência:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, **nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa**. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação “*the fruits of the poisonous tree*” não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido” (AI 50.367-PR, 2^a. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (grifamos)

Vale a citação de alguns precedentes do STF sobre a matéria, quais sejam: *Habeas Corpus* HC 74.678 (DJ de 15-8-97); HC 75.261 (sessão de 24-6-97); Recurso Extraordinário RE 212.081 (DJ de 27-9-98). Estes precedentes afastaram a ilicitude/inconstitucionalidade da prova prestigiando o exercício da legítima defesa do acusado que a produziu.

Renato Brasileiro de Lima oferece importe aporte doutrinário sobre a temática:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos (LIMA, 2020, p. 707)

Ademais, ao se tratar da defesa do réu o entendimento firmado na Súmula nº 50 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito da USP, é que “podem ser utilizadas no Processo penal as provas ilicitamente colhidas” de maneira a beneficiar a Defesa do acusado.

Analisando o direito comparado, a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade no uso das provas no direito alemão acontece apenas em casos extremamente graves, de maneira que seja proferida a solução mais justa, sopesando os direitos debatidos (HAMILTON, 2001).

Nos Estados Unidos há a doutrina da “*exclusionary rule*”, que se pauta fortemente no princípio da razoabilidade. Essa regra de exclusão basicamente determina que as provas obtidas por meios que violam os preceitos constitucionais não servirão para análise de culpa ou inocência do acusado. A teoria da “*fruits of the poisonous tree*”, por sua vez, inadmite provas derivadas de provas obtidas por meio ilícito (BIJOS, PEREIRA, 2018) Embora tais influenciem e sejam aplicadas no processo penal brasileiro, tais teorias não se prestam a autorizar uma condenação injusta, e devem ser afastadas se o réu busca provar sua inocência.

CONCLUSÃO

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade merecem destaque, haja vista que a utilização de provas ilícitas não pode ser autorizada de forma absoluta, vez que poderá ocasionar a prática de outros crimes ainda mais graves, devendo-se sopesar e ponderar os direitos e garantias de cada caso concreto. Exemplo: imagine que o acusado tortura uma testemunha para obter um depoimento favorável. Tal prova, evidentemente, seria inadmissível. Contudo, autorizar uma condenação de um réu inocente apenas e tão somente porque a prova produzida pelo próprio acusado foi considerada ilícita, se afigura como um reprovável prevalecimento da forma sobre a verdade real. Assim, julgador deve apreciar o caso concreto considerando a razoabilidade e proporcionalidade em busca da Justiça material.

REFERÊNCIAS

BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos. **Provas ilícitas: o direito comparado e o STF.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 38.1, jan./jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 503.617-7 PR,** Rel. Min. Carlos Velloso, Srgunda Turma, Julgado em 01/02/2005, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535>

HAMILTON, Sergio Demoro. **As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito.** 54 RDP N° 6 FevMar/2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Volume Único. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

CAPÍTULO 13

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: A BARREIRA LIMÍTROFE À LEI N° 14.069/2020

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 06/05/2021

Igor Medinilla de Castilho

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ
Rio de Janeiro - RJ
<http://lattes.cnpq.br/3517546767775875>

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ
Rio de Janeiro - RJ
<http://lattes.cnpq.br/5702285453738120>

Laone Lago

Faculdade de Direito, do Centro Universitário
Augusto Motta - UniSUAM
Rio de Janeiro - RJ
<http://lattes.cnpq.br/1401186293027138>

"Atiramos o passado ao abismo, mas não nos inclinamos para ver se está bem morto"

(William Shakespeare)

RESUMO: O presente artigo busca analisar a Lei nº 14.069 de 2020, que criou o controverso Cadastro Nacional de Estupradores, e seus reflexos nos direitos da personalidade e na ponderação de direitos fundamentais, bem como busca contextualizar o direito ao esquecimento. Através da análise crítica da tramitação legislativa da referida lei, perseguem-se os limites do poder punitivo do Estado no âmbito dos direitos à privacidade, à intimidade,

à dignidade, à ressocialização e eventualmente ao esquecimento de apenados cuja sentença já tenha sido cumprida. Para isso, lança-se mão de um estudo bibliográfico sobre o direito ao esquecimento, da doutrina especializada à tese 786 do STF. Ao lado do posicionamento, agora minoritário, conclui-se pela necessária tutela dos direitos da personalidade dos apenados, cuja sentença tenha sido cumprida, impondo-se ao Estado punitivista uma barreira limítrofe a seu poder de associação de um sujeito de direitos a um crime consumado e exaurido, relativizada pela Lei nº 14.069 de 2020, de modo que eventual conclusão contrária finda em constitucionalizar as penas de caráter perpétuo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento; Estupradores; Lei nº 14.069/20; Direitos fundamentais; Penal.

THE RIGHT TO BE FORGOTEN: A BARRIER TO THE LAW 14.069/2020

ABSTRACT: This article seeks to analyze the Law No. 14.069/2020 which has created the controversial "National Register of Rapists", and its impacts on personality rights and also on the weighting of fundamental rights, as well as contextualize the right to be forgotten. Through a critical analysis of the Law's Legislative Procedures, the limits of the State's punitive power in the scope of the rights to privacy, intimacy, dignity, resocialization and eventually the forgetting of convicts whose sentence has already been fulfilled are pursued. For this, a bibliographic study about the right to be forgotten is used, connected with the specialized doctrine

showned on the thesis 786 from the brazilian Supreme Court. Alongside the now minority position, the article concludes by the necessary protection of condemned population's personality rights, whose sentence has already been served, enforcing to the punitivist State a bordering barrier on its power of association a citizen with a accomplished and exhausted crime, relativized by the Law No. 14.069 of 2020. An eventual opposite conclusion ends in constitutionalizing perpetual penalties.

KEYWORDS: Right to be forgotten; Rapist; Law 14,069/20; Fundamental rights; Criminal law.

1 | INTRODUÇÃO

“Deixar sair ou tirar da memória; perder a memória de; não se lembrar de”; “Perder a lembrança de; olvidar(-se)”. Essas são algumas das definições do verbo esquecer, apresentadas pelo dicionário Michaelis¹. Em síntese, elas trazem a ideia de um fato que ocorreu no passado e que, decorrido um tempo depois disso, se perdeu da lembrança do sujeito no presente, de modo a não ser projetado no futuro. É, em essência, o instituto psíquico capaz de retirar do intelecto humano acontecimentos, pensamentos, informações, pessoas ou sentimentos, deixando-os na história, à mercê da indiferença, da eternidade ou do ostracismo.

Mais do que um objeto propriamente filosófico, o esquecimento tem se mostrado, contemporaneamente, como um dos institutos mais polêmicos dos ordenamentos jurídicos: de anseios pela superação de eventos traumáticos surgiram demandas de sujeitos que se alegavam titulares do direito de esquecer aqueles eventos ocorridos no passado. E como falar em esquecimento na atual sociedade da informação? O campo da internet e sua excepcional velocidade no compartilhamento de informações; da liberdade de expressão difundida através do planeta², com milhares de interações plena e ilimitada; da zona cinzenta entre público e autor, criador e consumidor, especialista e amador no sentido tradicional³.

E neste campo vasto que emergiu o direito ao esquecimento, o qual, nas palavras de Guilherme Martins, *envolve fatos que, pelo decurso do tempo, perderam relevância histórica, de modo que sua divulgação se torna abusiva, por causar mais prejuízos aos particulares do que benefícios à sociedade*⁴. Uma discussão que saiu do campo doutrinário e bateu às portas do Poder Judiciário, aterrissando na Suprema Corte Brasileira através do caso Ainda Curi, por meio do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli.

Porém, na contramão do direito ao esquecimento, em 02 de outubro de 2020, foi

1 Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/esquecer/>. Acesso a 09/10/2020.

2 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 139.

3 KEEN, Andrew. *O culto do amador*: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 8.

4 MARTINS, Guilherme Magalhães Martins; GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves Guimarães. Direito ao esquecimento no STF: a dignidade da pessoa humana em risco. *Conjur*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/martins-guimaraes-direito-esquecimento-stf#_ftn1. Acesso em 25 de abril de 2021.

sancionada pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, a Lei nº 14.069/2020, a qual prevê a criação do Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. O processo judicial e o ato executivo apresentados acima tangenciam-se diretamente: se reconhecido o direito ao esquecimento como um direito civil-constitucional, seria por sua vez constitucional a lei sancionada? Em outras palavras: os apenados pelo crime de estupro são também titulares desse direito, de modo a tornar ilegítima a associação direta deles ao crime cometido?

É sobre esse escopo que o presente artigo pretende se debruçar. A partir do resgate conceitual e da apresentação teórica sobre o direito ao esquecimento, busca-se uma análise crítica da lei em questão, a partir de três pontos essenciais: quem, quando e em que situações (se) poderá acessar o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro, conforme previsto no artigo 1º da Lei 14.069/20. Assim, estabelecem-se além de um panorama entre o fim do poder estatal de punir o cidadão (*ius puniendi*) e a segurança dos direitos da personalidade deste, também as discussões acerca do conflito entre o direito à privacidade e o direito à informação, associados, intrinsecamente, a teorias doutrinárias sobre a mitigação dos direitos da personalidade.

2 | DESENVOLVIMENTO

Os atos praticados no passado, não há como apagá-los; mas qual seria o limite entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, notadamente imagem e privacidade⁵? Em décadas passadas, o deslocamento para outros países permitia às pessoas começar uma nova vida, sem as marcas do passado⁶; isto é extemporâneo na sociedade informacional do século XXI. As complexidades da atual sociedade em rede, permanentemente conectada e com incessante e diurno fluxo de informações – as quais passam a constituir, em si próprias, partes componentes da identidade individual – desafiam os limites territoriais, espaciais e temporais, superando as antigas barreiras geográficas e o natural esquecimento da mente humana. É nesta sociedade conectada, com redes sociais, GPS de celulares, inteligência artificial, assistentes de voz, streaming, que será feita a análise da aplicação da Lei 14.069/20, promulgada em 1º de outubro de 2020.

Conceituado por Nelson Rosenvald como “*o direito de não ser lembrado eternamente pelo equívoco pretérito ou por situações constrangedoras ou vexatórias, ao ponto de a pessoa desejar que o evento seja esquecido ou que, ao menos, o assunto não*

5 Na pós-modernidade, a privacidade precisa mesmo ir além. Ela precisa considerar os dados e informações a respeito daquele a quem se refira, na medida em que integram seu perfil identitário. Mais ainda, somente ao assegurar um nível de proteção satisfatório a tais dados, se torna possível garantir a seu titular a realização de escolhas, que lhe permitirão desenvolver seu projeto existencial. Sob esse enfoque, se depreende que a privacidade é umbilicalmente ligada à autonomia privada (e, como consequência, à dignidade humana), sendo condição imprescindível a seu exercício. ALMEIDA RANGEL, Andréia Fernandes de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. *Monitoramento de dados pessoais, covid-19 e privacidade*: uma discussão necessária sob um prisma comunitarista liberal. No prelo.

6 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

*seja reavivado por qualquer membro da sociedade*⁷", a garantia da possibilidade de que um evento passado permaneça no passado surge para suportar os sujeitos que, tendo superado temporalmente um acontecimento traumático, vexatório, obscuro e/ou triste, não precisem revisitá-lo constantemente. Não se trata, portanto, de apagar o passado ou de se querer mudar a história; mas apenas de um direito que garanta ao seu titular a possibilidade de viver livre das amarras traumáticas do passado.

É justamente sob o véu dessa definição que o debate é trazido para o judiciário brasileiro. O STF, ao reconhecer a repercussão geral no RE 1.010.606, comprometeu-se a decidir se o direito ao esquecimento se inscreve ou não no rol dos direitos da personalidade, como espécie do direito à privacidade, no julgamento da demanda condensada na forma do Tema 786⁸.

Apesar do Caso Ainda Curi ser o *leading case*, há de se apontar que o direito ao esquecimento não se relaciona apenas a casos de memória afetiva, despertando também debates na ordem penal.

Um desses debates é explicitado pela Lei nº 14.069/2020, que foi apresentada em 16 de junho de 2016, pelo deputado Hildo Rocha (MDB/MA), quando protocolada na Câmara Federal ainda na forma do Projeto de Lei (PL) nº 5.618. A proposta (que, já se adianta, nada variou desde que foi protocolado até sancionado pelo presidente da república), enunciada em 4 (quatro) artigos⁹, anunciava, em síntese, a criação de uma espécie de banco de dados com várias informações de cidadãos condenadas por crime de estupro¹⁰.

Da leitura dos dispositivos, nota-se que o legislador afastou de si a responsabilidade de positivar: (i) quando o sujeito será inscrito no cadastro; (ii) durante quanto tempo seus dados ficarão nele disponíveis; (iii) quem poderá acessar essas informações; e, ainda, (iv) por que motivo o poderão fazer. Essas lacunas, aparentemente intencionais (vez que foram questionadas em propostas de emendas, como se apresentará a seguir, e ignoradas), revelam problemáticas completamente transversais às garantias constitucionais previstas,

7 ROSENVALD, Nelson. *Do direito ao esquecimento ao direito a ser esquecido*, 2016. Disponível em: <https://www.nelson-rosenwald.info/single-post/2016/11/16/Do-direito-ao-esquecimento-ao-direito-a-ser-esquecido>. Acesso a 09/10/2020.

8 O tema em questão é redigido como: "Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares". O caso sobre o qual versa o processo é o caso chamado popularmente como "Caso Aida Curi". Em síntese, em 14 de julho de 1958, Ronaldo Castro e Cássio Murilo levaram a jovem Aida, de 18 anos, ao topo do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro (RJ). Lá, ajudados pelo porteiro Antônio Sousa, abusaram sexualmente da jovem e, depois, atiraram-na do terraço do edifício. Quase 50 anos depois do trágico e repugnante crime, a TV GLOBO veiculou uma reportagem no programa "Linha direta" sobre o caso, apresentando, inclusive, uma reconstituição dramática dos fatos. Diante da exibição do programa, a família da vítima moveu uma ação contra a rede de televisão, alegando ser titular do "direito de esquecer aquela tragédia".

9 No que tangem aos artigos da legislação em comento, cabem destacar os dois primeiros. Nos incisos do artigo 1º do projeto elencam, não exaustivamente, as informações que estarão inscritas no banco citado: I – as características físicas e os dados de identificação datiloscópica dos condenados por crime de estupro; II – DNA; III – fotos; IV – local de moradia e atividade laboral desenvolvida, nos últimos três anos, do condenado por crime de estupro que esteja em livreamento condicional. Ainda, no art. 2º, inciso I, a lei disciplina que "Instrumento de cooperação, celebrado entre a União e os entes federados, definirá: I - o acesso às informações constantes da base de dados". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1469419&filename=PL-5618-2016. Acesso a 09/10/2020.

10 O crime de estupro está previsto no art. 213 do Código Penal (CP) e é definido no caput, na sua forma simples, como "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjugação carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", prevendo, como consequência de tal ato, pena de 6 a 10 anos.

inclusive, já nos moldes atuais do rol de direitos da personalidade, como se proporá demonstração.

A história do direito ao esquecimento está invariavelmente atrelada à história da tutela de direitos civis de cidadãos apenados por sentença penal condenatória. Na ordem penal, sua origem remonta “à proteção de ex-presidiários que, já tendo cumprido sua pena perante o Estado, pretendiam não ser mais rotulados pelo Poder Público como ex-detentos, o que dificultava a obtenção de empregos e, de modo mais geral, sua reinserção na sociedade¹¹”. Logo, a simbiose explícita entre o direito ao esquecimento e o direito à privacidade¹² demonstrava-se central à luz da filosofia da ressocialização, a qual legitima todas as bases do direito penal burguês e, consequentemente, do cárcere. Diante dessa problemática, o direito ao esquecimento se apresenta, *prima facie*, como um poderoso freio ao direito de punir do Estado. Sob esse prisma, indaga-se: o direito estatal de cercear a liberdade do indivíduo acompanharia também o direito de estigmatizá-lo como criminoso?

Diante dessa provocação, foi anexada ao – à época – Projeto de Lei, na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), quando da análise das disposições legais dos artigos enunciados pelo PL, a Emenda nº 1, proposta pela Senadora Rose de Freitas (PODEMOS/ES), em 09/09/2020. Essa emenda visava a determinação de que: (i) as informações previstas no cadastro ficassem disponíveis apenas durante o período de cumprimento da pena; (ii) a inserção dos dados fosse realizada pelas autoridades competentes, tais como polícia judiciária, ministério público e poder judiciário; e por fim, (iii) após a extinção da punibilidade, as informações do apenado contidas no cadastro fossem removidas.

Ensinam os grandes doutrinadores do direito penal¹³ que, quando um sujeito comete um crime, nasce para o Estado os direitos de punir aquele sujeito e, depois, de executar a sentença dele. É apenas no decurso de tempo previsto pela sentença penal que o Estado possui o poder de punir o agente. Extinta a pena, extingue-se também a punibilidade.

Primeiramente, devem-se separar os condenados¹⁴ por crime de estupro entre aqueles que: (i) estejam cumprindo sentença¹⁵; (ii) tenham cumprido sentença, mas que

11 SCHREIBER, Anderson. *Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado*, Conjur. 12 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passoado>. Acesso a 04/10/2020.

12 Muito embora alguns pensadores encontrem em Rousseau o gérmen da noção de privacidade/intimidade, o principal marco teórico moderno da concepção de *privacy* como um direito é atribuído à obra de Samuel Warren e Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, artigo publicado na *Harvard Law Review*. Neste, a privacidade adquire conotações tipicamente burguesas, sendo considerada um direito individual – *the right to be left alone* – substancialmente próximo ao direito de propriedade. Esta noção de vida privada, em que pese ter representado verdadeiro marco teórico a respeito do tema e ainda hoje possuir aplicabilidade, provou-se insuficiente para atender aos desafios dos tempos atuais, nos quais a propriedade privada não mais contém os limites físicos da privacidade, tampouco se presta eficientemente ao papel de defesa natural da mesma.

13 Sobre “extinção da punibilidade penal”, consultar: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*, volume I / Rogério Greco. – 21. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2019, pgs. 855/912.

14 Aqui não há necessidade de se debruçar sobre os que forem apenas acusados, pois a lei é clara e categórica com a inscrição da palavra “condenado”.

15 No caso do apenado que se encontra em estabelecimento penal, cumprindo pena, não há qualquer motivo que sustente seu cadastro num banco de dados. Isso porque, estando isolado da sociedade, o argumento de prevenção geral em relação ao crime, segundo o qual as pessoas deveriam ter direito à informação de saber quem são esses sujeitos, não se sustenta, vez que a publicidade de informações de um detento não teria eficácia nenhuma para prevenir novos

ainda não tenham completados cinco anos¹⁶ fora do cárcere; e (iii) tenham cumprido a sentença penal condenatória e que estejam em situação de impossibilidade de configuração da reincidência.

A Emenda nº 1 explicita duas preocupações da senadora Rose de Freitas: a necessidade de os dados serem computados durante apenas o cumprimento da sentença e a necessidade de, juntamente com a extinção da punibilidade do condenado pelo crime de estupro (do *ius puniendi* e do *ius punitions*, isto é, da pretensão do Estado de punir o agente e, em seguida, de executar a sua sentença), haver a exclusão das informações do apenado no cadastro.

Sobre a primeira proposição, ousa-se discordar. Isso porque o art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, tanto para o acusado quanto para a vítima¹⁷, sendo, portanto, incabível a disponibilização desses dados quando do cumprimento da pena.

Já em relação à segunda, entende-se que ela está em consonância total com o texto constitucional. Isso porque a proposição opera a partir de um dos princípios fundamentais do direito penal, o “princípio da *humanidade*¹⁸” (cuja fonte jurídica remete à dignidade da pessoa humana, art. 1º, III CF, que, a seu turno, é uma cláusula geral) e, ainda, na vedação que faz a carta magna às penas de caráter perpétuo¹⁹ (art. art. 5º, XLVII CF). Publicizar as informações de um cidadão, depois de cumprida sua sentença, estigmatizando-o para sempre como estuprador [sic], prejudicando essencialmente sua possibilidade de ressocialização, infere em lhe impor outra pena – ilegítima, vale destacar (pois o Estado já teria perdido seu poder de punir o agente), e, ainda, inconstitucional (pois teria caráter perpétuo).

Logo, a partir do instante em que o Estado perde seu poder de punir um de seus subordinados pela prática de um crime, pergunta-se: ele perde também seu poder de associar o agente àquele delito?

À primeira vista, num escopo superficial, a resposta coerente ao questionamento formulado é uma resposta negativa, a partir de uma análise fundada nas duas possibilidades suscitadas previamente em relação ao estado do apenado (isto é, se ele está ou não inscrito no período de cinco anos, capaz de gerar reincidência). Isso porque o instituto da reincidência penal, regulado pelos artigos 63 e 64 do diploma repressivo, determinam que, em caso de cometimento de novo crime pelo agente em lapso temporal de até 5

crimes, vez que ele já se encontraria recluso.

16 Lembra-se que o período de cinco anos contados a partir do cumprimento da sentença e/ou da extinção da punibilidade gera reincidência, nos termos dos artigos 63 e 64, I do Código Penal Brasileiro.

17 “O art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, não fazendo distinção entre vítima e acusado. Deve o processo correr integralmente em segredo de justiça, preservando-se a intimidade do acusado em reforço à intimidade da própria vítima. [...]” (REsp 1767902/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

18 GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal*: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 21. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2019, pg. 133.

19 Ibidem, pgs. 134/135.

anos decorridos após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Estado ainda poderá valorar na dosimetria da pena o primeiro delito, associando o agente a este, portanto²⁰. Porém, cabe a ressalva: em nenhum dos dois casos o Estado possui *ius puniendi* (ou seja, poder punitivo). Logo, não assiste razão ao argumento de que o Estado ainda possua o poder de utilizar das informações pessoais do apenado (como imagem, endereço, impressões digitais etc.) para outros fins que não aqueles restritos à atividade administrativa das autoridades competentes.

Nesse sentido, o artigo 202 da Lei de Execução Penal (LEP) desempenha papel extremamente relevante contra as arbitrariedades expostas no ora Projeto de Lei nº 5.618. Segundo o dispositivo: “*cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal [caso de reincidência] ou outros casos expressos em lei*”. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci explicita que tal norma visa preservar “*o processo de reintegração do egresso à sociedade, permitindo-lhe conseguir emprego e restabelecer-se*”, vez que extinta sua punibilidade²¹.

Nesse mesmo sentido, ao dispor sobre o instituto da reabilitação penal, que pode ser entendido como uma tentativa do Estado de devolver ao apenado que já cumpriu sentença penal condenatória o seu *status quo ante*, retirando de sua ficha de antecedentes criminais as anotações negativas, o caput do art. 93 do CP explicita, *in verbis*: “*A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação*”.

Apesar dessas normas e da pertinência dos referidos questionamentos, a Emenda nº1 foi rejeitada.

O Congresso Nacional também afastou o dever de determinar quem poderá acessar as informações dos condenados por crime de estupro inscritas no Cadastro Nacional. A Emenda nº 3, proposta pela Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), também rejeitada, demonstrou preocupação nesse sentido ao sugerir o acréscimo do parágrafo único ao art. 2º da lei, nos seguintes termos: “*O acesso às informações constantes da base de dados do Cadastro de que trata esta Lei será, na forma do inciso I, exclusivo da polícia investigativa, do Poder Judiciário e do Ministério Público*²²”. Essa emenda antecipou, ainda, três discussões importantes: a disponibilidade dos direitos à imagem e à privacidade dos apenados; as consequências da publicização irrestrita, e o direito ao esquecimento, dos condenados, em relação ao crime cometido.

Sobre a primeira controvérsia suscitada, há, em essência, uma aparente antinomia

20 Tal remissão também pode ser exemplificada pelo art. 95 do diploma repressivo: “Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa”.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, ps. 246 e 247.

22 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889215&ts=1601672175593&disposition=inline>. Acesso a 04/10/2020.

entre o direito à informação da população em geral (o qual, segundo o redator do PL em estudo, seria de titularidade da população em geral o direito de saber quem são os condenados pelo crime de estupro) sobre quem são os estupradores, e os direitos inerentes à personalidade do agente condenado por tal crime, que o garantem a não publicidade de suas informações pessoais.

Em primeiro plano, destaca-se a discussão de ordem teórica sobre a ponderação dos direitos fundamentais apresentados: qual direito prevalece sobre o outro? Segundo o deputado que propôs o PL, bem como os relatores que o encaminharam o processo legislativo até a sanção presidencial, o direito à informação se sobrepõe aos direitos fundamentais do apenado. Nas palavras do relator do PL no Senado Federal, senador Eduardo Braga (MDB/AM), “*o aspecto preventivo dessa medida se dará não apenas pela intimidação, em razão da existência do cadastro (prevenção geral), como também pela neutralização do estuprador habitual, que será preso e condenado mais rapidamente (prevenção especial)*”²³, razão que justificaria a mitigação dos direitos dos apenados pelo crime de estupro em nome da prevenção de tal crime. Porém, reserva-se o direito de discordar da tese aprovada pela casa legislativa.

Nas lições clássicas de Ronald Dworkin, em casos como este, deve-se analisar qual dos direitos tem, nas palavras do teórico, maior dimensão de peso²⁴. Assim, o caso em análise pode ser entendido como uma medida estatal que pretende a publicidade das imagens, dos endereços e das características físicas de condenados por crimes de estupro (claro, sem autorização deles) com a finalidade precípua de que a população os reconheça. Primeiramente salta aos olhos a extrapolação das próprias competências estatais: não há fonte normativa que legalize a publicização de direitos fundamentais como medida de prevenir estupros; muito pelo contrário. A doutrina civilista é taxativa sobre os critérios para disponibilidade dos direitos da personalidade ao dispor que tal procedimento não pode violar a dignidade da pessoa humana²⁵. Ora, estigmatizar o sujeito prejudica pontualmente sua possibilidade de ressocialização (lembre-se que, já que não disciplinou sobre o tema, o PL abriu margem para a União e os estados membros mantenham as informações do sujeito no banco de dados para sempre, *ad infinitum*, prejudicando as possibilidades deles de reinserção na sociedade, para além do crime que cometeu, e pelo qual cumpriu pena)²⁶.

23 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889067&ts=1601672175352&disposition=inline> (fl. 4). Acesso a 04/10/2020.

24 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. De Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

25 Além deste, ou outros dois requisitos são: (i) a disponibilidade não pode ser genérica; (ii) a disponibilidade não pode ser eterna, conforme depreendido dos enunciados 4 e 139 das I e II Jornadas de Direito Civil, respectivamente.

26 O Projeto de Lei nº 4.418/20 (de autoria do parlamentar Davi Soares – DEM/SP) apresenta propostas de critérios temporais específicos para exercício do direito ao esquecimento de apenados, na tentativa de regular o lapso temporal dentro do qual ainda, mesmo extinta a punibilidade, a associação do apenado ao crime cometido seria legal. O primeiro artigo do PL propõe o prazo de 12 anos para pleito do direito ao esquecimento penal a condenados por crimes hediondos (como o crime de estupro, na forma do art. 1-A, V da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) e de 6 anos para condenados por demais crimes após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, nesse sentido, o art. 4º propõe que “Buscadores de reportagem em sites, na rede mundial de computadores e internet, deverão diminuir os resultados de buscas com reportagens de crime com a identificação do autor que já goza de Direito ao Esquecimento Penal” nos termos dos parágrafos seguintes: “§1º- Reportagens com mais de 6 (seis) anos a contar da data da publica-

Sobre a segunda controvérsia, destaca-se: no momento em que se deixa a cargo da União e dos entes federados aquela determinação, desparta-se, com preocupação, a possibilidade concreta do cadastro ser público (como ocorre nos Estados Unidos da América²⁷). À luz dessa possibilidade, além da inafastável e consequente possibilidade de insurgência de justiceiros que persigam os cadastrados no sistema, deve-se também considerar a viabilidade institucional praticamente lombrosiana de tentativas de categorização dos condenados estupradores a partir de características genéticas e fenotípicas, sob o superado – ou não – espectro do “direito penal do autor”.

Por fim, a terceira controvérsia é congruente ao terceiro e último ponto que aqui se pretende analisar, acerca de quem poderá acessar o banco de dados. Diante do que foi apresentado, entende-se coerente a positivação do chamado “direito ao esquecimento” no ordenamento pátrio, inclusive como um possível freio à Lei nº 14.069/2020.

Apesar dessa tese, o STF, em sessão virtual no dia 11 de fevereiro de 2021, julgou ser o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição Federal, por 9 (nove) votos a 1 (um). Apesar do acórdão da Suprema Corte, ousa-se militar, do lado da doutrina agora minoritária, representada na Corte pelo Min. Edson Fachin, pela necessidade de se rever os pilares sobre os quais tal entendimento foi firmado, de modo a se reelaborar os paradigmas que estruturaram o direito ao esquecimento, consagrando-o, enfim, com a devida liturgia de que tal espécie do direito à privacidade é titular.

De acordo com Schreiber, três correntes sobre o direito ao esquecimento foram defendidas na Suprema Corte: (i) pró-information: defendia-se a inexistência desse direito, sendo que o direito à informação sempre prevaleceria *a priori*; (ii) pró-esquecimento: defendia-se a existência do direito ao esquecimento e, ainda, que ele sempre deve preponderar sobre os outros, na medida em que é extraído da cláusula geral sobre a “dignidade da pessoa humana”; e (iii) intermediária: defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDC), a tese edificaria que, tendo a Constituição Federal colocado ambos os direitos (à privacidade e à informação) hierarquicamente como iguais, a única solução para resolver o embate entre eles seria a técnica de ponderação²⁸.

Na linha do acórdão proferido pelo STF, os 9 (nove) ministros vencedores seguiram as teses elencadas pelo Relator, Min. Dias Toffoli, ilustrada pela primeira tese descrita por Schreiber. Nessa perspectiva, os críticos ao reconhecimento do direito ao esquecimento levaram ao plenário argumentos como o elevado grau de importância histórica de fatos passados como barreira que impossibilitaria a retirada desses episódios da esfera de

ção, não deverão aparecer na primeira página das buscas” e “§2º- Na busca de reportagens antigas deverá conter um alerta sobre o Direito ao Esquecimento Penal” (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261313>. Acesso a 27/03/2021). Apesar da louvável tentativa técnica que ponderar o instituto do direito penal ao esquecimento, o referido PL também relativiza a extinção da punibilidade estatal, o que parece não ser adequado num Estado Democrático de Direito.

27 BREÑA, Carmen Morán. *O estuprador é o seu vizinho*. El País, 1º de janeiro de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/26/internacional/1574796807_405557.html. Acesso a 28/10/2020.

28 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso a 04/10/2020.

conhecimento da sociedade. Muito se argumentou, também, sobre a impossibilidade de tornar ilícito um ato que antes não o era (ou seja, proibir a divulgação de um fato que, quando feita, era perfeitamente contemplada pelos parâmetros legais), muito em razão dos Princípios da Segurança Jurídica (artigo 5º, XXXVI da CF) e da Reserva Legal (artigo 1º do CP). Além disso, destacou-se, ainda, que a sociedade seria titular do “*direito à memória e à verdade histórica*²⁹”, e que a titularidade desse direito estaria ameaçada se a Suprema Corte reconhecesse o direito ao esquecimento, abrindo a possibilidade de renegar ao ostracismo episódios cuja essência fosse imortal.

O voto do relator, a partir desses apontamentos, criticou a, para ele, suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento. Em apertada síntese, consagrou-se a liberdade de expressão como valor mais caro que outros postos em xeque pelo direito ao esquecimento, sem pontuar possíveis mitigações daquela liberdade em razão deste direito, muito em razão da importância histórica que os fatos, cujas narrativas, verdadeiras, foram obtidas e publicadas licitamente, vividos por cidadãos brasileiros impunham para a própria história do país. Assim, inclinou-se a uma predileção à tutela de um alegado interesse público às informações relativas à vivência dos cidadãos em face da proteção de direitos individuais de cidadãos que são perseguidos por acontecimentos pretéritos, a partir da tese de que a liberdade de expressão inadmite censura prévia.

Tais críticas trazidas são extremamente necessárias tanto para delimitar a titularidade do direito ao esquecimento quanto para condicionar a sua aplicabilidade.

A partir do escopo do direito ao esquecimento na esfera penal, destaca-se, preliminarmente, que nenhum direito pode ser considerado absoluto, nem mesmo o direito à informação e à liberdade de expressão, como cediço pela ordem jurídica nacional desde o julgamento do pelo assim chamado “caso Ellwanger³⁰” (*Habeas Corpus* 82.424-2), no qual o mesmo STF determinou ser o “discurso de ódio” a barreiraposta à liberdade de expressão³¹. Nesse sentido, é falaciosa a alegação de que o direito à informação sempre deve prevalecer sobre outros, ainda mais em casos que não possuem, em sua essência, caráter histórico. No caso da Lei nº 14.069/2020, por exemplo, a citada prevalência teria o condão de, por sua vez, legalizar as penas de caráter perpétuo, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal³², além de incendar qualquer possibilidade de ressocialização de condenados cujas penas já foram cumpridas e cujos crimes, na maioria

29 Esse termo foi cunhado quando da instituição de “Comissão da Verdade”, em 2011, que visou apurar os crimes cometidos pelos militares durante o período ditatorial de 1964-1985, de modo a garantir o “direito à informação” sobre os crimes à população em geral.

30 Em breve síntese, o citado caso paradigmático versa sobre publicações do escritor Siegfried Ellwanger de caráter histórico-resivisionista que alegavam ter sido o Holocausto – política nazista de extermínio de judeus – nada mais nada menos que uma “conspiração jurídica” [sic].

31 Para além do citado precedente, há, no próprio texto constitucional, determinações expressas que mitigam a liberdade de expressão, como os incisos XI e XII do artigo 5º da CF.

32 Oportuno ratificar o dispositivo constitucional que veda a possibilidade de aplicação de penas de caráter perpétuo no ordenamento jurídico brasileiro: “Art. 5º, XLVII, b CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo”.

dos casos, sequer chegaram às manchetes.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento é, doutrinariamente, um direito de titularidade tanto da vítima quanto do autor de delitos. Tal entendimento é depreendido do Enunciado 531 do CJF, que determina que “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”, sem distinção ou qualificação taxativa dos destinatários dessa norma. Além disso, como já exposto anteriormente, quando oportuno, extinto o *ius punitionis* do Estado, extingue-se também o direito dele de expor o apenado à situação vexatória, estigmatizando-o perante a sociedade como estuprador, vez que seu direito de punir extinguiu-se com o cumprimento da pena; mitigar os direitos à imagem e à privacidade do condenado seria, portanto, admitir a arbitraría possibilidade de o Estado continuar punindo-o, mesmo sem ter base legal para tal, afrontando, portanto, o Princípio da Reserva Legal (art. 1º CP). Além disso, aquele condenado que cumpriu pena tem também o direito de retomar sua vida, sem carregar as chagas do crime que cometeu, da prisão que frequentou e dos empecilhos penais, sociais, familiares e de tantas outras ordens.

Nesse sentido entendeu o Min. Edson Fachin. Para ele, “*Não fere a integridade do direito o fato de que princípios eventualmente contrários, e não simplesmente opostos, como a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, convivam em um mesmo ordenamento constitucional*”, já que o reconhecimento da existência do direito fundamental ao esquecimento não pretende negar a prevalência histórica de posição preferencial, pelo STF, à liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, mas pontuar que as limitações de tal liberdade – e de sua extensão em si –, sob determinadas condições, “*deve funcionar como trunfo*³³”.

Essas razões são suficientes para demonstrar a necessidade de se proteger o reconhecimento da titularidade ao direito ao esquecimento dos condenados por crime de estupro, inclusive. Em que pese a tese de repercussão geral 786 do STF, seu caráter vinculativo a todo Judiciário brasileiro, o bem jurídico que o direito ao esquecimento sempre buscou tutelar é a dignidade da pessoa humana, o fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico pátrio; assim sendo, o arcabouço protetivo deste direito da personalidade não pode ser simplesmente esquecido, apagado, deletado, ele ainda deve permanecer vivo³⁴, mesmo que afastado prima facie na solução dos litígios levados à apreciação do Poder Judiciário, deve ser um verdadeiro Hecatônquiro, com braços para além do mundo forense.

Conforme ponderou o Min. Dias Toffoli em seu voto quando abordou os paradigmáticos casos Lebach e Lebach II, “*a reabilitação [dos condenados por crimes] exige a criação de*

33 “Independentemente do maior ou menor interesse que eventualmente tenham o indivíduo ou a sociedade, o juízo da corte deve recair sobre as condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual”, alertou o Min. Fachin em seu voto.

34 CICCO, Maria Cristina De. Esquecer, contextualizar, desindexar e cancelar. O que resta do direito ao esquecimento. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protectao-de-dados/344254/o-que-resta-do-direito-ao-esquecimento>. Acesso em 27 de abril de 2021.

pré-requisitos internos para uma vida posterior livre de punição, mas também requer que se criem condições externas que evitem o descaso e a rejeição no meio ambiente”. Nesse sentido o direito ao esquecimento é uma dessas condições externas. Por isso, ponderando a força ressocializadora desse direito na esfera penal com os limites à garantia da liberdade de informação, resta demonstrada a incompatibilidade teleológica da lei aprovada com os próprios fundamentos do direito penal burguês – dos quais a ressocialização é viga mestra.

3 I CONCLUSÃO

Dante do exposto, a análise crítica da lei 14.069/2020 à luz da Constituição Federal, dos Códigos Civil, e Penal e da Lei de Execução Penal, finda na conclusão irreversível de que, extinto o poder estatal de punir o agente condenado pelo crime de estupro e de fazer cumprir sua sentença penal condenatória, não há a possibilidade de se argumentar pela necessidade de tutela do direito à informação como fonte normativa capaz de mitigar os direitos fundamentais dos apenados que já cumpriram pena perante o Estado, pagando pelo crime cometido, ad infinitum.

O reconhecimento do direito ao esquecimento, ainda que haja a tese 786 do STF, é um instrumento suficientemente poderoso para a proteção do direito da dignidade humana dos condenados pelo crime de estupro que, findada sua pena, têm o total direito de serem reinseridos na sociedade, sem serem constantemente lembrados do crime que cometiveram por uma Cadastro Nacional muito pouco específico sobre sua aplicabilidade, efetividade e constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Emendas ao Projeto de Lei nº 5013, de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889215&ts=1601672175593&disposition=inline>. Acesso a 04/10/2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 14.069, de 02 de outubro de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14069.htm#:~:text=Cria%20o%20Cadastro%20Nacional%20de,Art.&text=II%20E%2080%93%20as%20responsabilidades%20pelo%20processo,de%20que%20trata%20esta%20Lei. Acesso a 04/10/2020.

BRASIL. Parecer do Senador Eduardo Braga sobre o PL 5.013/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/docum ento?dm= 8889067&ts= 1601672175352 &disposition =inline>. Acesso a 04/10/2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.618, de 2016. Deputado Hildo Rocha. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1469419&filename=PL-5618-2016. Acesso a 04/10/2020.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. Harvard Law Review, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivity/?i=righttoprivity>. Acesso em: 06.07.2017.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CICCO, Maria Cristina De. **Esquecer, contextualizar, desindexar e cancelar. O que resta do direito ao esquecimento**. Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protectao-de-dados/344254/o-que-resta-do-direito-ao-esquecimento>. Acesso em 27 de abril de 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães Martins; GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves. **Direito ao esquecimento no STF: a dignidade da pessoa humana em risco**. Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/martins-guimaraes-direito-esquecimento-stf#_ftn1. Acesso em 25 de abril de 2021.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I / Rogério Greco. – 21. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2019.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, ps. 246 e 247.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Do direito ao esquecimento ao direito a ser esquecido**, 2016. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/16/Do-direito-ao-esquecimento-ao-direito-a-ser-esquecido>. Acesso a 09/10/2020.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**, JOTA. 18 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso a 04/10/2020. Acesso a 04/10/2020.

SCHREIBER, Anderson. **Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado**, Conjur. 12 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado#:~:text=O%20direito%20ao%20esquecimento%20%C3%A9,A,de%20evoluir%20e%20se%20modificar.&text=Assim%20entendido%2C%20o%20direito%20ao,propriedade%20sobre%20os%20acontecimentos%20pret%C3%A9ritos>. Acesso a 04/10/2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2007.

KEEN, Andrew. **O culto do amador: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CAPÍTULO 14

O DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO A PERSONALIDADE FRENTE À COMBATE DA CYBERCRIMINALIDADE

Data de aceite: 02/08/2021

Mateus Catalani Pirani
<http://lattes.cnpq.br/2189322162690739>

Maria Beatriz Espinoza Miranda
<http://lattes.cnpq.br/9714710425493620>

RESUMO: Estudo interdisciplinar na seara de Ciências Sociais Aplicadas, que propõe a pauta temática do “*Direito enquanto Fenômeno Multidimensional*”. O presente artigo analisará a origem dos crimes cibernéticos, o estopim da globalização e da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital, as influências sócio culturais relacionadas ao surgimento e crescimento dos crimes digitais e suas espécies, ressaltando, a reflexão central acerca do direito ao esquecimento, enquanto extensão dos direitos de personalidade e como aquele poderia ser aplicado aos casos de vítimas de cybercrimes, que têm sua vida íntima e privada, bem como, o direito à honra, à privacidade e à imagem global e celeremente violados. Ademais, refletir-se-á acerca do aumento exponencial de crimes cibernéticos, analisando a conceituação acerca dos direitos de personalidade e dos preceitos do direito digital, a fim de traçar uma reflexão e ponderação da liberdade de expressão e de imprensa versus o respeito aos direitos de personalidade, levando-se em consideração precedentes de casos que suscitarão o direito ao esquecimento no âmbito de crimes cibernéticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital; Direito Constitucional; Crimes Cibernéticos; Direito ao

Esquecimento; Direitos de Personalidade.

ABSTRACT: Interdisciplinary study in the field of Applied Social Sciences, which proposes the thematic agenda of “Law as a Multidimensional Phenomenon”. This article will analyze the origin of cybercrimes, the trigger of globalization and the Information Society and the Digital Society, the socio-cultural influences related to the emergence and growth of digital crimes and their species, highlighting the central reflection about the right to be forgotten , as an extension of personality rights and how that could be applied to cases of victims of cybercrimes, who have their intimate and private lives, as well as the right to honor, privacy and the global image and which are rapidly violated. In addition, it will reflect on the exponential increase in cybercrimes, analyzing the conceptualization about personality rights and the precepts of digital law, in order to outline a reflection and consideration of freedom of expression and the press versus respect for rights personality, taking into account precedents of cases that gave rise to the right to be forgotten in the scope of cybercrimes.

KEYWORDS: Digital Law; Constitutional Law; Cybercrimes; Right to be Forgotten; Personality Rights.

11 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico em pauta, com a temática “O Direito enquanto Fenômeno Multidimensional”, tem por objetivo propor, de forma sintética, a análise acerca da incidência

do direito ao esquecimento enquanto extensão dos direitos de personalidade, visando a tutela do direito à honra, à privacidade, à intimidade e à imagem, frente aos casos que envolvam vítimas de crimes cibernéticos¹ (*cybercrime*) (CASSANTI, 2014, P. 03). Visto que, com a incidência do fenômeno da globalização e em razão do maior uso das mídias digitais em decorrência do momento pandêmico (COVID-19), inúmeros crimes cibernéticos ganharam enfoque, com o crescimento de páginas e perfis pessoais associados ao estímulo do linchamento virtual, bem como, ao fomento à cultura do cancelamento, que em diversos casos, envolvem, pois, a exposição da intimidade e da vida alheia de vítimas dos denominados crimes cibernéticos ou *cybercrimes*, o que inspirou a reflexão do presente artigo, a analisar a possibilidade da invocação do direito ao esquecimento enquanto pressuposto intrínseco da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Destarte ao exposto, destaca-se que com o surgimento da Sociedade da Informação houve uma forte incidência e relevância à propagação da informação através dos meios tecnológicos, surgindo assim, a ideia da informação enquanto instrumento de poder estatal, governamental e social, pautando desta maneira, o crescimento cada vez mais célere de novas tecnologias que abarcassem e compartilhassem uma quantidade cada vez mais de informação para nutrir referido eixo societário.

Concomitante ao surgimento da Sociedade da Informação, de igual modo, houve o surgimento da Sociedade de Riscos, amplamente difundida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck,² que cunhou referido termo a este eixo societário que surgia da metamorfose tecnológico social.

Por fim, referido artigo pautar-se-á na metodologia de pesquisa bibliográfica analítica, a fim de desenvolver a presente temática. Para tanto, traz-se à lume a temática do direito ao esquecimento, amplamente debatido em inúmeros casos emblemáticos e que surgiu como base para julgamento de referido recurso, a fim de sobrelevar o direito ao esquecimento enquanto extensão dos direitos de personalidade, a fim de que as vítimas de *cybercrimes* possam ter o direito de desindexação³ de fatos ou notícias relacionados a determinado crime cibernético que tenha, pois, gerado violação de seus direitos de personalidade, visando, desta forma, resguardar a relação intrínseca dos direitos de personalidade enquanto extensão da dignidade da pessoa humana, bem como, sempre

1 Crimes Cibernéticos (*cybercrime*): segundo Moisés de Oliveira Cassanti, dispõe em seu livro “*Crimes Virtuais, Vítimas Reais*”, define cibercrime como “toda atividade onde um computador ou uma rede de computadores é utilizada como uma ferramenta, base de ataque ou como meio de crime é conhecido como cibercrime. Outros termos que se referem a essa atividade são: crime informático, crimes eletrônicos, crime virtual ou crime digital.”

2 Pontua-se, pois, que referido sociólogo visava explanar e explicitar que o seio social estaria vulnerável a sofrer inimagináveis riscos e prejuízos, tanto à saúde do homem, quanto à natureza e ao seu *status quo*, reiterando para tanto, a necessidade de se promover a devida atenção aos sistemas de segurança face às tecnologias emergentes e que seriam, pois, capazes de gerar maiores danos, caso não houvesse medidas preventivas de seus prejuízos previsíveis.

3 Direito à desindexação, segundo o Juiz Federal Flávio da Silva Andrade, trata-se, pois, “do direito de desvincular determinados fatos ou informações de determinadas pessoas, nos serviços de busca da Internet”. E nos aduz ainda que, “[...] ele não está expressamente previsto na Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Essa lei alude indiretamente ao direito ao esquecimento (art. 7º, inciso X), assim como trata do direito à exclusão dos dados pessoais do usuário de certa aplicação de Internet, porém nada diz sobre o referido direito à remoção de um ou mais links da lista de resultados de pesquisa/busca na grande rede”.

levando em consideração o respeito à técnica da ponderação quando da ocorrência de conflitos entre princípios constitucionais e direitos fundamentais (ANDRADE, 2021).

2 | O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Inicialmente, o presente capítulo do artigo visa-se, pois, analisar a possibilidade de se invocar o instituto do direito ao esquecimento, bem como, enquanto pressuposto intrínseco da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana, tendo por base o estatuído no artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em que encontra-se estabelecido que, “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

A aplicabilidade do instituto do direito ao esquecimento não atua como um meio de ocultar a verdade e o direito à liberdade de expressão e de imprensa, muito menos, de notícias que já tenham ganho cunho público perante a população. Mas sim, enquanto uma extensão dos direitos de personalidade e enquanto uma reafirmação da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana, principalmente, frente à casos de vítimas de crimes cibernéticos que tenham sua intimidade, honra e imagem expostas de forma a lhes gerar ainda mais óbices a proteção e segurança tanto digitais quanto no mundo real, de suas vidas. Posto que, cada vez mais, estamos inseridos em um mundo interligado e globalizado, em que toda e qualquer informação ganha uma repercussão dinâmica e ampla ao redor do mundo, e com apenas um ‘click’ de compartilhamento, inúmeros traumas e danos são gerados à privacidade de todo aquele que se autointitula internauta.

Isto posto, enseja à reflexão acerca da possibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento a casos em que vítimas de Cybercrimes ou que até mesmo estejam envolvidos em algum crime que teve uma repercussão cibernética ou telemática, possam invocar o direito ao esquecimento a fim de resguardar seus direitos de personalidade.⁴

A temática envolvendo o instituto do direito ao esquecimento não encontra conceituações padronizadas no ordenamento jurídico pátrio, segundo o ponderar do Professor de Direito, Juarez Sanfelice Dias, tratando-se, segundo ele, “*de desenvolvimento da jurisprudência a nível mundial, com casos isolados*”(2017). Logo, referido instituto surgiu, por conseguinte, através de reflexões e discussões travadas acerca da “*possibilidade de impedir a divulgação de informações verídicas, não contemporâneas e que causem dor*” à vítima de determinado crime ou fato amplamente veiculado à mídia e que fira seus direitos de personalidade, segundo nos aduz o ponderar da Advogada Débora Nunes de Lima Soares de Sá (2013).

Para tanto, pontua-se que desde o final do século XIX, segundo o advogado Renato

⁴ como o direito à honra, à imagem e à privacidade, sempre sopesando através da técnica de ponderação, a liberdade de expressão e de imprensa, visto estarmos inseridos na Era ou Sociedade da Informação, que é movida pela celeridade da troca de informações, posto que esta é o grande instrumento de poder do século XXI.

José Cury, que os renomados advogados norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis promoveram a publicação do artigo intitulado enquanto “*Right to Privacy*”, introduzindo no mundo jurídico reflexões acerca do “*direito de ser deixado em paz*”, pontuando que, “[...] nem mesmo o direito de ser deixado em paz poderia impedir a publicação de matéria jornalística de interesse público; a divulgação de fatos que a própria lei autoriza e a divulgação oral de fatos privados desassociados de dano específico”(CURY, GARCIA, FORTES, CHRISPIM, SYDOW, 2021).

A exemplo, pontua-se um dos primeiros casos ocorridos e que envolveram a invocação do direito ao esquecimento foi o emblemático caso ‘*Melvin vc. Reid*’, ocorrido em 1918, nos Estados Unidos (EUA), em que, segundo Renato José Cury:

“[...] a apelante, Gabrielle Darley, foi no passado uma prostituta acusada de homicídio, mas inocentadas. Após tal fato, Gabrielle deixou a prostituição e constituiu família, readquirindo prestígio social. Anos depois, foi produzido o filme “*Red Melvin*”, que retratava, em detalhes, a história de Gabrielle. O marido dela ajuizou ação buscando reparação pela violação à vida privada e obteve a procedência dos pedidos com fundamento que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade”. (CURY, GARCIA, FORTES, CHRISPIM, SYDOW, 2021).

Em complemento ao ensejado, pontua-se que posteriormente à menção ao caso brasileiro envolvendo a TV Globo, através de seu Programa ‘Linha Direta – Justiça’, o serralheiro Jurandir Gomes de França ajuizou uma Ação de Reparação de Danos Morais em face da TV Globo Ltda. (Globo Comunicação e Participações S/A), através do Recurso Especial de n. 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7), e conforme o pontuado pela advogada Débora Nunes de Lima Soares de Sá, um dos acusados à época pelo referido caso teve o reconhecimento do direito à indenização, pelo Tribunal do Júri, conforme o exposto a seguir, *in verbis*:

“[...] Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal”.

“[...] Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também à exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos”. (**REsp 1.334.097 – RJ, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 28/5/13**) (SÁ, 2013).

Assim, desde 2016 até a data de 11 de fevereiro de 2021, referido caso encontrou seu julgamento, posto que os familiares de referida vítima buscavam reparação em razão dos danos à imagem, à honra e aos direitos de personalidade, em decorrência de em 2004, ter o programa ‘Linha Direta – Justiça’, da TV Globo ter, por sua vez, reconstituído o caso, reavivando o episódio traumático à memória de Aida Cury e de seus familiares em ricochete, sem a devida autorização de seus familiares.

2.1 Conceito de Direito ao Esquecimento e os Impactos da Decisão do Supremo Tribunal Federal

Tendo por base o anteriormente exposto na introdução deste capítulo, faz-se importante sobrelevar uma breve conceituação acerca do instituto do direito ao esquecimento, bem como, os impactos do que foi decidido pela Suprema Corte, diante do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, com repercussão geral conhecida, acerca do caso ‘Aida Cury’. Pontuando desta forma, a necessidade de referido instituto ser invocado em casos que envolvam a violação dos direitos de personalidade, bem como, de proteção de dados de usuários da Internet, e que encontrem-se na posição de vítimas de cybercrimes, a fim de enfatizar o direito ao esquecimento enquanto extensão dos direitos e personalidade, assim como, da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Segundo o lecionar de Juarez Sanfelice Dias, o instituto do direito ao esquecimento não teria, pois, delimitação no ordenamento jurídico pátrio, sendo fruto do desenvolvimento de jurisprudências internacionais, a partir da análise de casos particulares em que referido instituto fora invocado, frente a um embate entre a liberdade de expressão e de imprensa versus a eminente violação aos direitos de personalidade, como o direito à imagem, o direito à honra e o direito à privacidade de uma determinada vítima (2007).⁵

Imperioso se faz destacar que, no atual cenário brasileiro a temática envolvendo o direito ao esquecimento foi debatida em sede de dois recursos especiais por intermédio do Superior Tribunal de Justiça, em que ocorreram no contexto da mídia televisiva. O primeiro Recurso Especial n. 1.334.097 – RJ, versou sobre o ‘Caso da Chacina da Candelária’ e o segundo Recurso Especial n. 1.335.153 – RJ, encontra-se relacionado com o ‘Caso Aida Cury’, tendo este último gerado a interposição do Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606 – RJ, que alcançou a apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, diante da arquitetura dos meios eletrônicos e midiáticos, bem como, da Internet e da Rede de Alcance Mundial, se enseja a necessidade de que o instituto do direito ao esquecimento seja amplamente debatido, a fim de que sua aplicabilidade seja melhor delineada, para que não gere distorções frente ao ensejo dos direitos de personalidade, e nem mesmo, que seja um instrumento de censura, mas sim, que haja um equilíbrio e sopesar entre os direitos fundamentais, bem como, entre os princípios constitucionais.

3 I O DIREITO DIGITAL E A INCIDÊNCIA DA CYBERCRIMINALIDADE

Ao longo das transformações sofridas pelo seio social, bem como a incidência da Sociedade Digital e suas influências advindas do fenômeno da globalização, com a

5 Assim, cumpre ressaltar que, segundo Juarez Dias, este nos aduz que o direito ao esquecimento pode ser definido, conforme o disposto a seguir, *in verbis*: “[...] a faculdade de reclamar ao Poder Judiciário a proteção, visando impedir a divulgação de fatos desabonadores ocorridos ao longo da vida de uma pessoa, tendo em vista o decurso de um longo lapso de tempo aliado a uma modificação da situação fática, uma modificação do comportamento ou o cumprimento da pena imposta”.

incidência da liberdade individual, verificam-se grandes transformações⁶ na seara do Judiciário brasileiro, observando-as através da óptica do Direito Digital e suas influências, desde a possibilidade de se realizar a prova eletrônica até o surgimento e, consequente crescimento de delitos que atinjam a honra e a dignidade.

Compreendendo esta dependência que a tecnologia informática proporciona no cotidiano da Sociedade Digital, bem como, analisando a importância que a informação, enquanto ativo econômico e de poder político, os **crimes cibernéticos** devem ser analisados sob diversas e diferentes perspectivas, visto suas peculiaridades quanto ao bem jurídico tutelado, os sujeitos ativos, bem como, levando-se em consideração, as normas usadas para alicerçar as regras de uma sociedade, respeitando as normas penais que incidem sobre crimes cometidos em ambientes físicos e as características que englobam o crime informático, cometido, pois, em ambientes virtuais,⁷ e ultrapassando assim, a transnacionalidade espacial de uma nação, e gerando, através destes delitos cibernéticos, o ataque aos bens jurídicos difusos ou coletivos.

3.1 Crimes Cibernéticos: conceituação do *nomen juris*

Tendo por base o mencionado contexto do surgimento de referidos crimes perpetrados através do meio ambiente virtual, bem como, por meio de redes de computadores e de aparelhos telemáticos, salienta-se que a ocorrência de determinados crimes perpetrados através do meio ambiente virtual e telemático, passou a gerar incontáveis violações aos direitos de personalidade, como a exemplo de violações ao direito à imagem, à honra, à privacidade e à intimidade, o que acarretava consequências drásticas à vida privada de pessoas naturais, na posição de internautas, a terem referidas violações a seus direitos de personalidade perenizados na *web*, bem como, terem seus dados pessoais violados, gerando uma situação de impunidade, insegurança digital e física também, bem como, traumas a seara privada da vítima. Cumple-se sobrelevar a conceituação dos crimes digitais, tecida pelo Mestre Igor de Andrade Barbosa, disposta a seguir, *in verbis*:

“[...] Os crimes virtuais são delitos praticados através de Internet, com objetivo de atingir alguém, podendo ser uma pessoa específica ou um público ocasional. O avanço da tecnologia e a facilidade do acesso à Internet, tornou as pessoas mais vulneráveis aos crimes cibernéticos”. (FRANÇA, BARBOSA, 2021).

Neste seguimento e a fim de melhor compreender⁸ a temática dos crimes informáticos,

6 Assim, muitas são as dificuldades enfrentadas pelas autoridades judiciárias e policiais frente à persecução e investigação criminais. Isto porque, há dificuldades quanto à tipificação de condutas criminosas, bem como, frente à comprovação da autoria delitiva de crimes ocorridos através de computadores ou de equipamentos tecnológicos em geral

7 Paralelamente ao supramencionado, o sujeito ativo dos delitos informáticos se beneficia, em muitos casos, da ausência de uma centralização de Rede, o que gera óbices à persecução e investigação criminais, podendo cometer inúmeras condutas lesivas aos bens jurídicos individuais e difusos de uma coletividade, tendo a sua ação inicial, consequência delituosas transnacionais que ultrapassam barreiras físicas e espaciais entre territórios, afetando mais de um bem jurídico de um sujeito passivo

8 Inicialmente, faz-se importante destacar que é de suma importância a compreensão da influência entre o meio ambiente *sui generis* e o agravamento na prática de uma conduta delitiva, que por meio de uma de suas características

necessário perceber suas ***espécies***. Entende-se, portanto, como ***crime digital próprio ou puro***⁹ todas as condutas praticadas contra bens jurídicos informáticos (sistemas, dados). Assim, os delitos informáticos próprios são aqueles cometidos contra um sistema de dados ou quando o alvo da conduta delituosa é o meio tecnológico. De acordo com o ensinar de Augusto Eduardo de Souza Rossini, cumpre destacar que, ademais da classificação dos crimes informáticos em próprios e impróprios, estes podem igualmente receber as classificações de impuros (ou indiretos) e puros (ou diretos), conforme nos expõe a seguir:

“(...) Dentro da ideia de crimes cometidos contra sistemas informáticos e/ou dados (crimes informáticos próprios), há aqueles que podem ser chamados de impuros (ou indiretos), como é o exemplo¹⁰ da destruição de um notebook com um machado, que implica consequentemente na destruição daquilo denominado bem intangível virtual, por ser seu suporte necessário; e há, também, os delitos denominados puros (ou diretos), [...] em que não há outra forma de violar os bens intangíveis senão pelo uso de meios informáticos”. (ROSSINI, 2002).

Portanto, no que cerne à classificação de crime digitais próprios puros, apenas ressalta-se que se trata de delitos cometidos contra sistemas informáticos, telemáticos ou somente dados da esfera pessoal da vítima. Por esta razão, todos as espécies abarcadas por esta classificação de crime cibرنético, visam tutelar a respectiva inviolabilidade e proteção das informações armazenadas em sistemas informáticos, comumente denominadas enquanto dados, que se tratam, pois, do bem jurídico tutelado pelo tipo penal destes crimes digitais.

Doutra sorte, tem-se os ***crimes digitais impróprios ou impuros***,¹¹ estes possuem referida classificação, justamente por terem sido perpetrados através do computador ou de meios informáticos, que auxiliaram na prática delitiva, sem entretanto, causar ofensas ao seu bem jurídico tutelado, que trata-se da inviolabilidade da informação automatizada, comumente denominada enquanto dados informáticos. Assim, os meios tecnológicos, como o computador e a Internet são utilizados como meios de propagação destes crimes

denominada ubiquidade, permite ao usuário e sujeito ativo do crime cibرنético, estar conectado em diversos lugares ao mesmo tempo, através da conectividade de rede.

9 Destarte ao exposto, destaca-se que dentre os crimes digitais próprios, há modalidades de crimes que possuem em seu escopo a violação de dados informáticos e telemáticos, tais como: o acesso não autorizado (ou *hacking*), a obtenção ou transferência ilegal de dados, o dano informático, os *malwares* (ou vírus), a divulgação ou utilização indevida de informações, o embargoamento ao funcionamento de sistemas, a engenharia social (ou *phishing*) e a interceptação ilegal de dados, que serão conceituados, exemplificados e dispostos com a sua respectiva previsão legal, caso encontrem-se na Legislação Penal Brasileira.

10 Nota extraída do livro “***Crimes Informáticos e suas Vítimas***”, de Spencer Toth Sydow (2015). “Contudo, o autor aponta em sua classificação a ideia de que o ataque a bens jurídicos não informáticos, em que meios informáticos são ferramentas, é denominado simples.

11 O crime de ameaça, que pode se configurar em direta, indireta, explícita ou implícita, pode ocorrer, por intermédio do auxílio informático e telemático, com o envio de e-mails com teores ameaçadores, ou a publicação em redes sociais de mensagens que causem terror ou e até mesmo, visando o sujeito ativo impor a condição de extorquir a vítima financeiramente, ameaçando-a a depositar o dinheiro em uma determinada conta bancária, a fim de somente assim, possa manter a si mesmo e seus familiares em segurança. Assim, a exemplo disto, observa-se atualmente, que em razão da prática do *cyberbullying*, visualiza-se um crescimento de práticas de instigação ao suicídio, em comunidades de redes sociais, em que os participantes fazem comentários extremamente nocivos a uma determinada pessoa, que normalmente acessa referido sítio eletrônico, induzindo-a ao suicídio.

que, não obstante, já se encontram tipificados em nosso ordenamento jurídico.

Ademais das classificações iniciais que permeiam os crimes digitais, subdividindo-os em próprios e impróprios, tem-se os ***crimes digitais mistos ou complexos***¹² (HUNGRIA, 1958), que ganham a classificação de delitos derivados. Recebem esta denominação e razão de derivarem-se do delito cibernético do acesso não autorizado a sistemas computacionais, delito naturalmente próprio puro, e que, por sua vez, receberam o *status* de delitos *sui generis*, frente a importância magnânima concedida ao bem jurídico tutelado e divergente do protegido pelo crime de inviolabilidade de dados informáticos. A esses crimes, nomina-se um crime digital misto ou complexo.

4 I O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE A EXPOSIÇÃO DA VIDA PRIVADA DE VÍTIMAS DE CYBERCRIMES

Em consonância ao exposto até aqui, denota-se que, em sede de legislação infraconstitucional, é disposto no teor dos artigos 20 e 21, do Código Civil Brasileiro, uma espécie de cláusula geral face à tutela dos direitos de personalidade, o que gera, por conseguinte, a reflexão, que com base no ponderar do advogado Caio César de Oliveira, de que o referido Diploma Legal promove a tutela da honra e da imagem de determinada pessoa natural, o que leva a inferir uma possível inclusão do direito ao esquecimento, visando, pois, a salvaguarda de um direito que tenha por objetivo precípua a remoção de conteúdos indesejados.

Cumpre ressaltar, tendo por base o lecionar do Mestre Igor de Andrade Barbosa, que o meio ambiente virtual e telemático tem sido o meio propício a gerar ofensas cada vez mais gravosas aos direitos de personalidade, através do fomento de linchamentos virtuais e a cultura do cancelamento que fomentam a propagação de crimes de ódio, disseminação de *fake news*, diversos tipos de violência contra a mulher envolvendo, por conseguinte, violação do direito à intimidade, principalmente, no que tange, aos crimes contra a dignidade sexual de vítimas, com o ensejo de crimes como a pornografia de vingança, e até mesmo, ataques de hackers que ameaçam expor sua vida íntima e privada, em troca do pagamento de bitcoins (LOUBAK, 2019), tudo isto aliado à ocorrência de referidos crimes e violações aos direitos de personalidade em um período pandêmico devido à pandemia do COVID-19 (PANIAGO, 2020).

Para tanto, um direito fundamental, inviolável, intransferível e personalíssimo, e quando ensejado uma exposição de dados ou informações pessoais que firam o referido direito de personalidade, há possibilidade de invocar os ditames estabelecidos pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), bem como, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.853/2019), visam resguardar os direitos e garantias dos internautas e a proteção e

12 “Crimes simples e complexos: simples é o que se identifica com um só tipo legal; complexo, o que representa a fusão unitária de mais de um tipo (ex.: roubo, estupro)”.

tratamento de dados pessoais, respectivamente.

O que leva cada vez mais, à necessidade de aliar a educação digital ao fomento e endurecimento das legislações que versem sobre a temática dos crimes cibernéticos, bem como, visando o ensejo do direito ao esquecimento enquanto reafirmação e extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em situações que envolvam crimes cibernéticos que visem a exposição da intimidade e da privacidade de vítimas internautas, lesando direitos fundamentais. Para tanto, complementa-se, com base no lecionar do Mestre Igor de Andrade Barbosa, que “*o direito à intimidade, erigido ao status de direito fundamental pela Constituição Federal, frequentemente é objeto de violação na lógica do funcionamento das redes, com destaque para a Internet, em face do seu caráter libertário, descentralizado e transfronteiriço*” (VIEIRA, 2002).

Referidos acontecimentos ganharam enfoque, principalmente com o advento da pandemia pelo novo coronavírus (COVID-19), em que pode-se observar um aumento exponencial da ocorrência de crimes virtuais, em que inúmeras pessoas passaram a fazer um uso maior das mídias digitais e da Internet em virtude do isolamento social. Aliado a isto, inúmeros Cybercrimes envolvendo a exposição da vida privada e íntima de internautas, bem como, envolvendo a violação de dados pessoais cresceram em peso durante a pandemia, assim como, em proporcionalidade, cresceram as denúncias de crimes cometidos pela Internet. Segundo as notícias jornalísticas veiculadas pelo jornal G1 da Globo, houve um crescimento considerável do uso da Internet, em razão do momento pandêmico, bem como, o registro do aumento em 50% de crimes cibernéticos, em especial, o número de golpes e estelionatos virtuais, se perfazendo do furto de senhas, dados pessoais e informações da seara privada de internautas, a partir de abril de 2020, principalmente no Estado de Minas Gerais (MG).

Em complemento ao exposto, com base na supracitada notícia jornalística, que entre os principais crimes digitais que puderam ser observados com o estopim da pandemia e do isolamento social, citam-se, a “*invasão de dispositivos eletrônicos (hackeamento de dados), falsa identidade, crimes contra a honra, divulgação de notícias falsas (as chamadas Fake News), bem como, a divulgação de material íntimo ou com teor sexual sem o consentimento das vítimas*” (G1, 2020). O que leva à reflexão acerca da aplicabilidade do direito ao esquecimento, em casos de referidos crimes cibernéticos que visam expor a vida íntima e privada de vítimas, e que em muitas ocasiões, referida exposição se pereniza pela Internet e pelo compartilhamento em mídias digitais, gerando danos aos direitos de personalidade de referidas vítimas de Cybercrimes.

Ademais disto exposto, pontua o Diretor-presidente da Safernet Brasil, Thiago Tavares, frente à supracitada notícia jornalística, que frente ao número exorbitante de crimes cibernéticos ocorridos durante o ano de 2020, uma das maiores variações percentuais se deram em virtude das denúncias envolvendo os crimes de neonazismo em meios digitais, que segundo os dados constantes na matéria, “*saltaram 740%, para 9.004 em 2020*” (G1, 2021). Por conseguinte, as denúncias envolvendo o crime de racismo na web, aumentaram

de 147,8% para 10.684 notificações, e as denúncias envolvendo os crimes de violência ou de discriminação contra a mulher se avolumaram em 12.698 notificações, cumprindo destacar a reflexão de aludido Diretor, a seguir, exposta:

“[...] “As vítimas são crianças e adolescentes, mas também jovens e pessoas idosas que estão expostas a todo tipo de golpe, principalmente, utilizando dados pessoais e violação de senhas e outros tipos de invasões que tenham acontecido tanto em celulares, como em computadores”, diz o diretor-presidente da Safernet Brasil, Thiago Tavares” (G1, 2021).

Ademais, visa-se, de igual modo, a necessidade da incidência da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.853/2019), visando a proteção de dados pessoais, bem como, dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, como bem pontuado pelo *caput*, do artigo 1º, de referida Lei¹³.

Logo, cumpre ressaltar que, quanto ao julgamento de casos envolvendo vazamento de imagens íntimas, sem a autorização da vítima, por duas pessoas que os fotografaram e fugiram, no ano de 2017, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça resolveu fixar uma “*indenização de R\$ 114 mil reais a uma mulher que teve imagens íntimas vazadas na Internet após ter sido fotografada sem autorização durante ato sexual com seu namorado*” (CONJUR, 2019). Posto que, segundo os relatos promovidos pela vítima, a seguir, expostos:

“[...] o casal estava em um quarto privado, disponibilizado aos frequentadores de uma festa em São Paulo. Apesar de o espaço ser reservado e protegido (inclusive por seguranças), os namorados foram surpreendidos por duas pessoas, que os fotografaram e fugiram. Dias depois, as fotos foram compartilhadas na Internet” (CONJUR, 2019).

Assim sendo, referidos casos envolvendo os crimes cibernéticos que visam, através da conduta de criminosos, que muitas vezes se perfazem do anonimato para a prática cibernética delitiva, compartilhar conteúdos que violem os direitos de personalidade de vítimas internautas, expondo por derradeiro, dados pessoais, e informações contendo imagens e vídeos com conteúdo sexual ou íntimo da vida privada da vítima, merecem cada vez mais a reflexão do ensejo da Lei Geral de Proteção de dados (Lei n. 13.853/2019), bem como, da aplicabilidade do direito ao esquecimento, a fim de diminuir a perenização dos reflexos e do alcance de referidos crimes na *web*, visando a tutela dos direitos à imagem, à honra e à inviolabilidade da vida privada, enquanto salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, da proteção dos dados pessoais, gerando, por sua vez, uma maior cybersegurança.

Destarte ao exposto, pontua-se que referido fenômeno do *linchamento virtual* e da *cultura do cancelamento*, em virtude da descentralização da Rede de Alcance Mundial, aliados a viralização de compartilhamentos de cunho negativo acerca da vida privada da vítima, bem como, da celeridade e transnacionalidade do compartilhamento

¹³ Artigo 1º, Lei n. 13.853/2019. “*Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural*.

de informações e dos julgamentos dos internautas, que visam unicamente, nestes casos, cancelar determinada pessoa na Internet, baseados erroneamente no direito à liberdade de expressão, bem como, em pré-julgamentos fundados na moral, sem nenhum fundamental legal, para corroborar suas atitudes inquisidoras.

Com base nas reflexões aduzidas pelo juiz Marcelo Palma de Brito, em sede de meio ambiente virtual, como na Internet e em mídias digitais, o fenômeno do linchamento virtual, bem como, da cultura do cancelamento, mesmo não envolvendo de imediato agressões físicas, é recorrente, em âmbito nacional. Em complemento a isto, afirma o supracitado juiz, acerca da ausência de contato entre o linchador virtual e a vítima, ocasião em que, caso as agressões proferidas fossem face a face, não tomariam as proporções que a Internet proporciona, bem como, pontua, que o fomento das atitudes agressivas e de bullying para com a vítima são catalisadas pelo anonimato em mídias digitais.

5 I CONCLUSÃO

Como resultado da análise e pesquisa proposta neste artigo, supriu-se o entendimento quanto as inovações trazidas pelo Direito Digital e sua utilização no mundo globalizado, marcado pela incidência da Sociedade da Informação. Tal Sociedade se caracteriza cada vez maior frente as necessidades que se apresentam. Fato é que, conforme o fenômeno atinge grandes proporções, a incidência de perigos também é crescente, dos quais destacamos o cybercrime. Em suma, a responsabilidade que agora atinge os legisladores é a sede por uma nova prerrogativa que possa incluir os crimes digitais e, consequentemente, identificar os seus responsáveis e incumbi-los da responsabilidade por seus atos.

O que, por sua vez, inspira a reflexão acerca do aumento de crimes virtuais em período pandêmico que firam a privacidade e intimidade de usuários da web e de mídias digitais, bem como, o crescimento de páginas que incitam a prática do linchamento virtual e da cultura do cancelamento, e como em determinadas situações, pode-se invocar o direito ao esquecimento, não como um óbice à liberdade de expressão ou de comunicação, mas sim, enquanto a reafirmação dos direitos de personalidade, de extrair informações vexatórias, não contemporâneas e que não possuam interesse público, enfatizando assim, a tutela do princípio da dignidade humana. Ademais, a medida cautelar que se espera é a criação de uma metodologia educativa, mirando a conscientização e queda dos números de transgressões no meio virtual.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. **O direito ao esquecimento e a desindexação de informações falsas ou danosas em sites de busca na internet.** 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/339401/o-direito-ao-esquecimento-e-a-desindexacao-de-informacoes-falsas>. Acesso em: 24 abr. 2021.

CONJUR. **Veja como o STJ tem julgado crimes sexuais pela internet.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/veja-stj-julgado-crimes-sexuais-internet>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CURY, Renato José; GARCIA, Talita Sabatini; FORTES, Thaís Gonçalves; CHRISPIM, Roberta; SYDOW, Juliana. **Direito ao esquecimento: Histórico, abrangência e a repercussão da decisão do STF.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340373/direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 24 abr. 2021.

DIAS, Juarez Sanfelice. **O direito ao esquecimento e a rede mundial de computadores.** 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-ao-esquecimento-e-a-rede-mundial-de-computadores/#_ftn1. Acesso em: 24 abr. 2021.

FRANÇA, Anne Jemima Marques. BARBOSA, Igor de Andrade. **Crimes Virtuais: Uma Discussão Sobre A Violação Do Direito À Intimidade Da Vítima e Os Novos Crimes Contra a Dignidade Sexual Da Mulher.** 2021. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-discussao-sobre-a-violaca-o-do-direito-a-intimidade-da-vitima-e-os-novos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-da-mulher/#_ftn1. Acesso em: 29 abr. 2021.

G1. **Denúncias de crimes cometidos pela internet mais que dobraram em 2020.** 2021. <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/02/09/numero-de-denuncias-de-crimes-cometidos-pela-internet-mais-que-dobra-em-2020.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2021.

G1. **Com mais de 1,6 mil crimes cibernéticos registrados em 6 meses no AM, polícia vê relação direta com isolamento social.** <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/07/21/com-mais-de-16-mil-crimes-ciberneticos-registrados-em-6-meses-no-am-policia-ve-relacao-direta-com-isolamento-social.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2021.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal: vol. I, tomo II, art. 11 a 27.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 549.

LOUBAK, Ana Letícia. **Golpe de sextorsão atinge 200 milhões de e-mails.** 2019 Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/08/golpe-de-sextorsao-atinge-200-milhoes-de-e-mails-entenda-e-saiba-se-protoger.ghtml>. Acesso em: 29 abr. 2021.

PANIAGO, Isabella Pereira Rosa. **Revenge Porn: não seja a próxima vítima.** 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/revenge-porn-nao-seja-a-proxima-vitima/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **"Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos".** In: Direito e internet (coord. Edgard Moreira da Silva) et al.). Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 4, São Paulo, Imdesp, 2002, p. 140-141.

SÁ, Débora Nunes de Lima Soares de. **Direito ao esquecimento.** 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/190121/direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 1.010.606 – RJ.** Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 25 abr 2021.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade pelos Meios Eletrônicos.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 180 p. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/589/505>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAPÍTULO 15

TRABALHO INFANTIL NO BRASIL: EVIDENCIANDO DADOS E DISCUTINDO MECANISMOS DE COMBATE

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 12/07/2021

Bruno Gonzaga da Silveira Cardozo

Escola Superior de Ciência da Santa Casa de Misericórdia de Vitória
<http://lattes.cnpq.br/4289320339291256>

Luiz Carlos de Abreu

Universidade Federal do Espírito Santo
<http://lattes.cnpq.br/6796970691432850>

César Albenes de Mendonça

Escola Superior de Ciência da Santa Casa de Misericórdia de Vitória
<http://lattes.cnpq.br/1459198997238731>

Kátia Valeria Manhabusque

Escola Superior de Ciência da Santa Casa de Misericórdia de Vitória
<http://lattes.cnpq.br/3077278620319038>

Italia Maria Pinheiro Bezerra

Escola Superior de Ciência da Santa Casa de Misericórdia de Vitória
<http://lattes.cnpq.br/1397465981683916>

RESUMO: **Introdução:** O trabalho infantil é um problema no Brasil e no mundo, indo contra direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o que pode interferir no seu desenvolvimento mental, físico, social e moral, além disso, atinge diretamente as questões escolares, pois acabam privando a frequência ou gerando abandono. Por isso, é importante identificar mecanismos capazes de combate-lo e

investigar perspectivas futuras na saúde pública para mudar tal cenário. **Objetivo:** Analisar o trabalho infantil no Brasil entre 2004 a 2019.

Método: Trata-se de um estudo documental tendo como fontes de dados informações referentes ao trabalho infantil no Brasil entre os anos de 2004 e 2019. A coleta de dados ocorreu através de dados secundários, pré-existentes, oriundos de sites eletrônicos de acesso público e bases governamentais. **Resultados:** Diante dos dados apresentados, observou-se que 1,768 milhões de crianças e adolescentes com idade entre cinco e 17 anos trabalham no Brasil, o que representa 4,5% da população dessa faixa etária. Em relação aos locais que são desenvolvidas as atividades, 75,8% são na área urbana e 24,2% na área rural. 1.174 milhões (66,4%) eram do sexo masculino e 594 mil eram do sexo feminino (33,6%).

Conclusão: Nota-se que o trabalho infantil no Brasil ainda é muito mais elevado do que o esperado, revelando a necessidade de desenvolver novas políticas públicas voltadas para esse público e fiscalizar de maneira mais rigorosa os ambientes de trabalho, desse modo é possível garantir que crianças e adolescentes possam viver todas as fases da sua vida com qualidade e com todos os direitos que lhe são cabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Infantil. Trabalho Precoce. Criança. Adolescente.

CHILD LABOR IN BRAZIL: EVIDENCE DATA AND DISCUSSING COMBAT MECHANISMS

ABSTRACT: **Introduction:** Child labor is a problem in Brazil and in the world, going against

the fundamental rights of children and adolescents, which can interfere with their mental, physical, social and moral development. Furthermore, it directly affects school issues, as they end up depriving frequency or generating abandonment. Therefore, it is important to identify mechanisms capable of combating it and to investigate future perspectives in public health to change this scenario. **Objective:** To analyze child labor in Brazil between 2004 and 2019. **Method:** This is a documentary study using information on child labor in Brazil between 2004 and 2019 as data sources. Data collection occurred through data secondary, pre-existing, from publicly accessible electronic sites and government bases. **Results:** Based on the data presented, it was observed that 1.768 million children and adolescents aged between five and 17 years work in Brazil, which represents 4.5% of the population in this age group. Regarding the places where activities are developed, 75.8% are in the urban area and 24.2% in the rural area. 1,174 million (66.4%) were male and 594 thousand were female (33.6%). **Conclusion:** It is noted that child labor in Brazil is still much higher than expected, revealing the need to develop new public policies aimed at this audience and more rigorously inspect work environments, thus it is possible to ensure that children and adolescents can live all phases of their lives with quality and with all the rights that are appropriate to them.

KEYWORDS: Child labor. Early Work. Kid. Adolescent.

1 | INTRODUÇÃO

A evolução do indivíduo é caracterizada pelo processo de evolução física, cognitiva e psicossocial que acontece de acordo com as etapas vivenciadas desde a concepção até o amadurecimento (PAPALIA, FELDMAN, 2013).

O Brasil foi um dos 193 países signatários da Agenda 2030 que se trata de um conjunto de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), constituído por 17 objetivos e 169 metas a serem cumpridas até 2030 e que buscam um compromisso global para o progresso e o crescimento em bases justas e equitativas, integrando as dimensões sociais, econômicas e ambientais. (BRASIL, 2019; BRASIL, 2017).

O tema do trabalho é incorporado no Objetivo 8, mas também figura em vários outros, tendo em vista que a categoria trabalho é edificante para a concepção de um mundo desenvolvido, próspero e sustentável. A meta 8.7, especificamente, aborda a eliminação do trabalho infantil em todas as suas formas até o ano de 2025 (ONU, 2015).

O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), em parceria com o Ministério Público do Trabalho, publicou o relatório “Trabalho Infantil nos ODS”, em que aborda os desafios do Brasil para cumprir a meta de erradicação do trabalho infantil até o ano de 2025 (BRASIL, 2017).

As atividades econômicas e/ou de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes, além de toda atividade realizada que por sua natureza ou pelas circunstâncias em que é executada, possa prejudicar o seu desenvolvimento físico, psicológico, social e moral, se enquadra na definição de TI e é proibida para pessoas abaixo de 18 anos (BRASIL, 2017).

O trabalho de crianças e adolescentes é reconhecido como uma das formas de exploração mais danosa ao desenvolvimento do indivíduo. Seus efeitos repercutem em diversos aspectos da vida adulta e motivam o interesse em elaborar políticas para sua prevenção e eliminação (BRASIL, 2018).

Cabe salientar que o TI é um fenômeno complexo, que envolve questões econômicas, sociais e culturais, além de impactar na vida de crianças e adolescentes e em seu pleno desenvolvimento. Desta forma, sua erradicação completa demanda soluções intersetoriais e ações governamentais concretas e efetivas (BRASIL, 2017).

Ante ao exposto, é importante compreender como esse quadro do TI se apresenta no Brasil para que seja possível revelar a necessidade de prover medidas de controle. Além disso, permite que essa discussão seja cada dia mais ampliada, levando em consideração o setor judicial e demais setores envolvidos a fim de contribuir para execução das leis que visam o combate ao TI. Desse modo, objetivo desse estudo é analisar o trabalho infantil no Brasil entre os anos de 2004 a 2019.

2 | MÉTODO

Trata-se de um estudo documental tendo como fontes de dados informações referentes ao trabalho infantil no Brasil entre os anos de 2004 e 2019.

A coleta de dados ocorreu através de fonte de dados secundários, pré-existentes, oriundos de sites eletrônicos de acesso público e bases governamentais, tais como: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Organização Internacional do Trabalho (OIT), Rede Peteca e Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015 e 2019.

Os dados foram organizados e/ou cruzados de forma a compreender as políticas públicas mais efetivas ao combate do trabalho infantil, a partir de um panorama estatístico fático do trabalho infantil no Brasil.

Tendo em vista que a proposta compreende um estudo de pesquisa documental, destaca-se que não é necessário a adoção de medidas subsidiadas pela Resolução 466 de 12 de dezembro de 2012.

3 | RESULTADOS

Diante dos dados apresentados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2019, observou-se que 1,768 milhões de crianças e adolescentes com idade entre cinco e 17 anos trabalham no Brasil.

Variáveis	Trabalho Infantil	
	N	Frequência
		%
Sexo		
Masculino	1.174.000	66,4%
Feminino	594.000	33,6%
Faixa etária		
5 a 13 anos	376.584	21,3%
14 a 15 anos	442.000	25,0%
16 a 17 anos	949.416	53,7%
Cor		
Preta ou parda	1.168.648	66,1%
Outros	599.352	33,9%

Tabela 1. Perfil do trabalho infantil no Brasil segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2019).

Entre os números observados, 1174 milhões (66,4%) eram do sexo masculino e 594 mil do sexo feminino (33,6%). De acordo com as faixas etárias, o maior número de crianças e adolescentes tinham idade entre 16 e 17 anos (53,7%), seguido da faixa etária entre 14 e 15 anos (25,0%) e em menor número, os que possuíam entre cinco e 13 anos (21,3%). Os dados revelaram ainda, que os indivíduos de cor preta ou parda representavam a maior parte em condições de trabalho infantil (TI). Em relação aos locais que são desenvolvidas as atividades, 75,8% são na área urbana e 24,2% na área rural.

Variáveis	Trabalho Infantil	
	N	Frequência
		%
Atividade		
Rural	427.856	24,2%
Urbana	1.340.144	75,8%
Total	1.768.000	100%

Tabela 2. Situação de trabalho infantil de acordo com as atividades desenvolvidas. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2019).

Em relação ao sexo masculino, a faixa etária de 15 a 17 anos possuem maior número de crianças e adolescentes em situação de trabalho. Sendo a maior incidência nos estados de Minas Gerais (MG) com 156.994 e São Paulo (SP) com 198.167 indivíduos.

Trabalho Infantil			
	Faixa etária – Sexo Masculino		
	5 a 9 anos	10 a 14 anos	15 a 17 anos
Estados			
Acre (AC)	1.051	4.203	7.879
Alagoas (AL)	629	5.663	17.616
Amapá (AP)	0	1.314	2.626
Amazonas (AM)	651	11.717	26.033
Bahia (BA)	9.182	40.870	116.888
Ceará (CE)	2.553	9.482	39.436
Distrito Federal (DF)	0	649	10.711
Espírito Santo (ES)	0	4.796	25.188
Goiás (GO)	452	15.821	47.020
Maranhão (MA)	3.759	33.073	73.663
Mato Grosso (MT)	876	9.634	28.900
Mato Grosso do Sul (MS)	1.325	3.978	22.091
Minas Gerais (MG)	12.028	48.987	156.994
Pará (PA)	6.185	36.881	80.286
Paraíba (PB)	3.231	20.687	23.917
Paraná (PR)	672	15.932	83.025
Pernambuco (PE)	1.814	22.259	64.263
Piauí (PI)	2.814	17.450	30.958
Rio de Janeiro (RJ)	0	3.835	39.775
Rio Grande do Norte (RN)	0	9.180	19.785
Rio Grande do Sul (RS)	3.667	19.708	89.376
Rondônia (RO)	541	6.214	15.675
Roraima (RR)	0	620	4.546
Santa Catarina (SC)	717	2.865	54.460
São Paulo (SP)	1.148	35.789	198.167
Sergipe (SE)	1.100	13.565	20.897
Tocantins (TO)	760	2.788	11.144
TOTAL	55.155	397.870	1.311.319

Tabela 3. Trabalho infantil no Brasil em relação ao sexo masculino e faixa etária. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2015).

Ainda no sexo masculino, os resultados mostraram maior número desenvolvendo atividades em zonas não agrícolas. Com destaque em SP com 214.440 pessoas, seguido de MG com 105.535 pessoas.

Trabalho Infantil		
	Atividade – Sexo Masculino	
	Agrícola	Não agrícola
Estados		
Acre (AC)	8.756	4.377
Alagoas (AL)	11.322	12.586
Amapá (AP)	1.051	2.889
Amazonas (AM)	22.135	16.266
Bahia (BA)	79.161	87.779
Ceará (CE)	22.681	28.790
Distrito Federal (DF)	973	10.387
Espírito Santo (ES)	11.394	18.590
Goiás (GO)	12.658	50.635
Maranhão (MA)	71.411	39.084
Mato Grosso (MT)	14.452	24.958
Mato Grosso do Sul (MS)	7.070	20.324
Minas Gerais (MG)	112.474	105.535
Pará (PA)	70.282	53.070
Paraíba (PB)	25.860	21.975
Paraná (PR)	19.292	80.337
Pernambuco (PE)	38.301	50.035
Piauí (PI)	35.463	15.759
Rio de Janeiro (RJ)	1.316	42.294
Rio Grande do Norte (RN)	10.596	18.369
Rio Grande do Sul (RS)	30.842	81.909
Rondônia (RO)	12.431	9.999
Roraima (RR)	2.067	3.099
Santa Catarina (SC)	9.313	48.729
São Paulo (SP)	20.664	214.440
Sergipe (SE)	20.165	15.397
Tocantins (TO)	7.597	7.095
TOTAL	628.007	1.084.707

Tabela 4. Trabalho infantil no Brasil em relação ao sexo masculino e zona da atividade realizada. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2015).

Em relação ao sexo feminino, as crianças e adolescentes com faixa etária entre 15 – 17 anos também foram as com maiores números. Sendo a sua maior totalidade encontrada em SP com 159.492 pessoas.

Trabalho Infantil			
	Faixa etária – Sexo Feminino		
	5 a 9 anos	10 a 14 anos	15 a 17 anos
Estados			
Acre (AC)	175	1.225	2.805
Alagoas (AL)	0	1.888	5.036
Amapá (AP)	0	1.051	1.313
Amazonas (AM)	0	5.855	15.944
Bahia (BA)	3.163	18.585	52.064
Ceará (CE)	1.466	2.175	18.783
Distrito Federal (DF)	0	0	7.137
Espírito Santo (ES)	0	3.597	13.797
Goiás (GO)	452	4.972	31.198
Maranhão (MA)	1.504	6.014	26.305
Mato Grosso (MT)	0	2.190	16.638
Mato Grosso do Sul (MS)	884	2.210	15.466
Minas Gerais (MG)	3.098	28.902	79.530
Pará (PA)	2.575	12.463	30.031
Paraíba (PB)	1.292	9.695	15.513
Paraná (PR)	2.013	7.006	49.044
Pernambuco (PE)	1.813	9.185	23.965
Piauí (PI)	1.689	6.755	15.761
Rio de Janeiro (RJ)	0	3.221	24.431
Rio Grande do Norte (RN)	0	2.119	10.597
Rio Grande do Sul (RS)	1.467	14.039	49.508
Rondônia (RO)	0	1.350	6.755
Roraima (RR)	0	206	1.654
Santa Catarina (SC)	0	3.583	35.114
São Paulo (SP)	1.075	9.969	159.492
Sergipe (SE)	732	2.934	8.431
Tocantins (TO)	0	1.267	5.319
TOTAL	23.398	162.456	721.631

Tabela 5. Trabalho infantil no Brasil em relação ao sexo feminino e faixa etária. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2015).

Em relação a zona de trabalho, as do sexo feminino estão em maioria em serviços não agrícola com 731.187, sendo destas 169.388 pessoas de SP.

Trabalho Infantil		
	Atividade – Sexo Feminino	
	Agrícola	Não agrícola
Estados		
Acre (AC)	2.277	1.928
Alagoas (AL)	0	6.924
Amapá (AP)	262	2.102
Amazonas (AM)	12.362	9.437
Bahia (BA)	28.102	45.683
Ceará (CE)	2.932	19.492
Distrito Federal (DF)	0	7.137
Espírito Santo (ES)	5.398	11.996
Goiás (GO)	904	35.718
Maranhão (MA)	12.028	21.795
Mato Grosso (MT)	2.628	16.200
Mato Grosso do Sul (MS)	1.326	17.234
Minas Gerais (MG)	27.514	84.016
Pará (PA)	15.144	29.925
Paraíba (PB)	8.402	18.098
Paraná (PR)	8.733	49.331
Pernambuco (PE)	4.396	30.567
Piauí (PI)	13.509	10.696
Rio de Janeiro (RJ)	657	26.995
Rio Grande do Norte (RN)	2.119	10.597
Rio Grande do Sul (RS)	17.863	47.151
Rondônia (RO)	2.163	5.942
Roraima (RR)	0	1.860
Santa Catarina (SC)	3.585	35.112
São Paulo (SP)	1.148	169.388
Sergipe (SE)	2.567	9.530
Tocantins (TO)	253	6.333
TOTAL	176.272	731.187

Tabela 6. Trabalho infantil no Brasil em relação ao gênero feminino zona da atividade realizada. Brasil, 2021.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2015).

Entre as atividades mais frequentes, estão as de administração pública, educação, saúde, serviços sociais coletivos e pessoas, as em comércio e reparação, na área de construção, área industrial de transformação, extração mineral, petróleo, gás, eletricidade e água, serviços domésticos, serviços de alojamento, alimentação, transporte, financeiros, imobiliários, e por fim, setor agrícola, pecuário, silvicultura, pesca e aquicultura.

Entre as atividades desenvolvidas, as em comércio e reparação apresentam o maior número. Depois dela estão as no setor agrícola. E SP apresenta-se em destaque em relação ao número de pessoas em situação de trabalho infantil.

Estados	Trabalho Infantil						
	Administração pública, educação, saúde, serviços sociais, coletivos e pessoais	Atividade					
		Agricultura, pecuária, silvicultura, pesca e aquicultura	Comércio e reparação	Construção	Indústria de transformação, extração mineral, petróleo, gás, eletricidade e água	Serviços de alojamento, alimentação, transportes, financeiros e imobiliários	Serviços domésticos
Acre (AC)	504	13.607	2.520	1.008	1.680	2.352	840
Alagoas (AL)	2.990	18.548	0	1.794	1.794	7.775	2.990
Amapá (AP)	258	2.322	1.807	1.032	0	258	2.067
Amazonas (AM)	3.765	45.137	13.483	4.075	2.506	6.584	3.449
Bahia (BA)	19.253	142.761	59.246	19.962	13.539	30.283	11.201
Ceará (CE)	8.604	50.313	28.003	8.371	20.902	17.256	11.188
Distrito Federal (DF)	5.794	915	8.841	2.440	1.220	8.235	0
Espírito Santo (ES)	6.462	21.748	15.281	9.400	6.463	10.579	4.114
Goiás (GO)	9.800	17.375	36.974	8.909	15.152	17.825	7.577
Maranhão (MA)	5.364	121.125	31.434	13.032	7.667	11.500	18.399
Mato Grosso (MT)	5.140	14.139	22.702	2.573	5.997	10.708	4.713
Mato Grosso do Sul (MS)	4.216	8.426	17.701	6.320	2.109	5.900	5.480
Minas Gerais (MG)	28.084	105.204	86.634	27.562	36.109	45.002	25.584
Pará (PA)	10.292	97.488	43.690	11.642	30.007	20.804	9.375
Paraíba (PB)	4.358	36.748	17.440	4.981	5.605	9.341	3.736
Paraná (PR)	23.381	42.126	48.186	15.618	23.967	31.123	6.169
Pernambuco (PE)	7.251	35.745	21.723	6.172	19.116	11.052	8.030
Piauí (PI)	5.045	63.901	24.104	5.606	3.926	5.606	7.287
Rio de Janeiro (RJ)	12.295	5.167	27.809	11.654	5.824	23.309	5.818
Rio Grande do Norte (RN)	5.398	16.192	8.774	2.700	2.699	2.699	1.349
Rio Grande do Sul (RS)	23.492	60.978	47.793	17.638	30.737	21.788	9.815
Rondônia (RO)	252	16.373	6.801	2.771	2.015	3.022	2.518
Roraima (RR)	190	3.802	1.902	952	570	2.091	950
Santa Catarina (SC)	11.823	22.953	41.737	12.517	32.684	19.475	2.087
São Paulo (SP)	76.605	26.490	148.017	28.075	76.740	130.799	15.115
Sergipe (SE)	3.975	23.852	11.206	3.614	5.061	3.253	2.168
Tocantins (TO)	258	2.322	1.807	1.032	0	258	2.067

TOTAL	284.849	1.015.757	775.615	231.450	354.089	458.877	174.086
--------------	---------	-----------	---------	---------	---------	---------	---------

Tabela 7. Trabalho infantil no Brasil em relação ao as atividades realizadas pelas crianças e adolescentes. Brasil, 2021.

Fonte: Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI, 2014).

Os serviços domésticos apresentam um número bem menor em relação as atividades. Sendo mais frequente em MG com 25.584 pessoas. As atividades de comercio apresenta um total de 86.634 pessoas.

No setor de atividades agrícolas, pecuária, silvicultura, pesca e aquicultura os estados com maior número de pessoas em situação de trabalho infantil foi o Maranhão com total de 121.125 pessoas e a Bahia com número de 142.761 pessoas.

4 | DISCUSSÃO

Evidenciou que atualmente ainda existe um número grande de crianças e adolescentes em situação de Trabalho Infantil (TI), em especial na área urbana e do sexo masculino. Os trabalhadores são em sua maioria com idade entre 16 e 17 anos, de cor preta ou parda.

Os resultados revelam uma incidência maior nos estados de Minas Gerais (MG) e de São Paulo (SP) e entre as atividades, as mais representativas são as desenvolvidas em comercio e reparação, seguida dos serviços agrícolas pecuária, silvicultura, pesca e aquicultura com maior incidência no Maranhão e na Bahia.

A pesquisa reforça o pensamento de Dias e Liberati (2006), onde revelaram que a mão de obra de crianças e adolescentes vem sendo explorada há anos. A justificativa para tal feito era a necessidade desses indivíduos lutarem pela sua sobrevivência e dos seus familiares.

Corroborando com os achados, um estudo revelou que a mão de obra infantil passou a ser mais utilizada nas industrias ainda no final do século XIX, se expandindo de maneira rápida pelo fato de serem pouco remunerados e se adaptarem mais facilmente aos locais e as atividades (CUSTÓDIO et al., 2018).

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2011, com base em uma metodologia de análise diferente, revelou que na faixa etária de cinco a 17 anos, existiam um total de 8,6 milhões de indivíduos (BRASIL, 2012).

Diante da análise realizada ao longo dos anos sobre a prática de atividades que eram consideradas como TI, revelou-se uma queda ao longo do tempo. No ano de 1992 o número era de 8,42 milhões, que passou para 5,48 milhões em 2002, depois para 5,17 milhões em 2005 e já no ano de 2009, esse número era de 4,25 milhões (BRASIL, 2016).

O trabalho infantil apresentou uma redução entre os anos de 2004 e 2016, caindo de 5,3 milhões para um total de 2,7 milhões de pessoas. Entretanto essa redução não é igual

entre todos os estados e setores. Apesar de perceptível que a incidência dos casos de TI vem diminuindo ao longo dos anos por meio das ações que foram criadas, esses números ainda estão muito acima do recomendado, o que gera bastante preocupação (BRASIL, 2016).

Em contrapartida, dados levantados por Rodrigues (2018), revelou um aumento no índice de casos de TI, onde os resultados apresentaram que entre a faixa etária de cinco a 17 anos, existiam um total de 3,3 milhões de crianças e adolescentes em TI. Esses números revelam um aumento de 4,5% entre os anos de 2013 e 2014.

É importante dizer que apesar dos dados significativos, ainda não correspondem a real atualidade. Sendo assim, essa redução apontada pode ser caracterizada como uma falsa informação, pelo fato de existir muitos indivíduos que não são contabilizados nas estatísticas pelo fato de profissionais não identificarem os riscos e a gravidade do fato (FRENZEL, BARDAIGI, 2014).

No contexto das idades, podem estar atrelados aos indivíduos com maiores habilidades e mais condicionamento físico para realizarem as atividades aos quais são direcionadas. As que possuem idade entre 15 e 17 anos eram mais da metade em trabalho nas atividades da área urbana, corroborando com os achados (BRASIL, 2016).

Diante das atividades, os dados revelam as áreas urbanas estão apresentando cada vez mais casos. A área urbana, portanto, é considerada como atrativa para o mercado de TI, em especial pelo fato de apresentarem uma estrutura mais atraente e maiores recursos tecnológicos e produtivos (FERREIRA-BATISTA, CACCIAMALI, 2012, NEVES, MENEZES, 2010).

Em relação as atividades, os dados revelam uma queda de 64% entre as atividades da zona rural, contra apenas 39% nas atividades na zona urbana (BRASIL, 2016). Contrapondo os achados, Kassouf e Santos (2010), revelam que entre os trabalhadores infantis com idade entre cinco e 15 anos as atividades mais frequentes eram na agropecuária e as com idade entre cinco e nove anos, eram as atividades em áreas rurais.

Entre as atividades realizadas as que possuem maior dificuldade de serem combatidas são as da agricultura, as atividades informais urbanas e também as atividades domésticas, além dessas estão os casos de exploração, que é a pior forma de TI (BRASIL, 2016).

As condições dos ambientes aos quais esses grupos estão inseridos é de extrema importância. Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a inserção desses indivíduos em ambientes insalubres e perigosos. Pois, os locais onde estes estão inseridos podem prejudicar todo o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes (CUSTÓDIO, VERONESE, 2013).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE. 2010), no Brasil existiam cerca de 3,4 milhões de crianças e adolescente em situação de TI e grande parte eram presentes na região Sudeste com um total de 1,1 milhão, seguidos da região

Nordeste com 1 milhão, região Sul com 617 mil, região Norte com 378 mil e por fim, a região Centro-oeste com 282 mil.

E se tratando da região do Nordeste, pode-se perceber uma redução de quase 59% no total de casos, entretanto no Sudeste essa redução foi de apenas 38% (BRASIL, 2016).

De acordo com os achados da pesquisa, os indivíduos mais presentes no exercício das atividades de TI eram do sexo masculino. Corroborando com os achados, um estudo realizado com crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, revelou que o sexo masculino representava a maior parte dos indivíduos em TI. Além disso, o estudo apresentou que em relação as atividades agrícolas, a maior representatividade é do sexo masculino, evidenciando ainda a ligação do sexo feminino com as atividades domésticas (KASSOUF, SANTOS, 2010).

A respeito das atividades domésticas, em 2005 as atividades desse ramo foram as que mais ficaram em evidência no Brasil, onde existiam um total de 400 mil crianças e adolescentes exercendo tal atividade (IBGE, 2004).

As atividades domésticas são relacionadas a todo tempo, as questões de gênero, raça e classe sócia. Nesse contexto, as práticas de TI doméstico representam questões históricas, onde as mulheres eram responsáveis pelo cuidado da casa, enquanto os homens eram provedores do lar (TAVARES, 2002; RIZZINI, FONSECA, 2002).

Em relação aos serviços domésticos, a maior parte das crianças e adolescentes são do sexo feminino, um total de 94% segundo dados do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (BRASIL, 2017).

Diante disso, percebe-se que o TI envolve questões que vão além dos contextos atuais. A vivência de crianças e adolescentes em situações como estas acontecem desde muitos anos e para reduzir tais indicadores ainda é preciso desenvolver muitas ações e estratégias voltadas para esse público.

O alto índice de crianças e adolescentes desenvolvendo essas atividades dependem de vários fatores e engloba questões muito delicadas na sociedade. No Brasil uma das justificativas mais significativa é a pobreza que atinge uma grande parte da população. Além disso, outros fatores relacionados é a falta de acesso as inovações tecnológicas, falta de interesse em estudar e frequentar a escola, infraestrutura precária escolar, dentre outros (REIS, 2015; SILVA, KASSOUF, 2000).

É importante lembrar que as questões familiares interferem diretamente na exploração e no início precoce de crianças e adolescentes nos ambientes de trabalho, afinal grande parte desses indivíduos são de famílias de baixa renda, com baixa escolaridade e que possuem um histórico de início das atividades também ainda muito novos. Além de existe o fato da sociedade, que acredita e aponta as relações de trabalho ainda na infância como uma maneira de incentivo e de retirar os mesmos de ambientes ilícitos, defendendo que a prática do TI é fundamental para criação de pessoas dignas (CUSTÓDIO, VERONESE, 2013).

Desse modo, os resultados transparecem a ineficiência do cumprimento do papel das políticas públicas nas questões de erradicação e combate ao TI, revelando que as atuais políticas públicas direcionadas a esse público ainda estão em processo de aperfeiçoamento e melhorias, afinal todas as questões que envolvem a proteção das crianças e dos adolescentes foram desenvolvidas consideravelmente há pouco tempo e por isso ainda precisa de muito mais atenção (RODRIGUES, 2018; CUSTÓDIO et al., 2018).

Por este motivo, é de extrema importância identificar as condições e os aspectos que estão direcionados ao trabalho infantil no Brasil, de modo a orientar e direcionar os órgãos e serviços públicos nas tomadas de decisões e na elaboração de novas legislações e planos de ação voltados para a erradicação do trabalho infantil, para a melhoria na qualidade de vida das crianças e dos adolescentes do país e por fim, para garantir que os direitos desses indivíduos sejam alcançados de forma eficiente.

5 | CONCLUSÃO

Dante dos resultados apresentados, nota-se que no Brasil, muitas crianças e adolescentes com idade entre cinco e 17 anos ainda se encontram em situação de trabalho infantil, desenvolvendo em especial atividades urbanas.

Frente aos números de indivíduos nessa situação muito mais elevado do que era esperado, revela-se a necessidade de desenvolver novas políticas públicas voltadas para esse público e fiscalizar de maneira mais rigorosa os ambientes de trabalho, pois só assim será possível garantir que crianças e adolescentes possam viver todas as fases da sua vida com qualidade e com todos os direitos que lhe são cabíveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agenda 2030 Para o Desenvolvimento Sustentável**. Ministério das relações exteriores. 2019.

BRASIL. Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. **Trabalho Infantil Trabalho Infantil e Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2017

BRASIL. **III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalho**. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Ranking do trabalho infantil nos estados brasileiros - 5 a 17 anos - PNAD 2011**. 2012

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho OIT. **O que é trabalho infantil**. 2016.

BRASIL. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. 2. ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2016.

BRASIL. Rede Peteca. **Trabalho infantil e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: qual é nossa luta até 2030.** 2017.

CUSTÓDIO, André Viana et al. **A Influência do Direito Internacional no Processo de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 23, n. 2, p. 178-197, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil doméstico.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Fábio Muller Dutra; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Trabalho infantil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FERREIRA-BATISTA, Natalia; CACCIAMALI, Maria Cristina. **Migração familiar, trabalho infantil e ciclo intergeracional da pobreza no estado de São Paulo.** Nova Economia, v. 22, p. 515-554, 2012.

FRENZEL, Heloiza de Sousa; BARDAGI, Marucia Patta. **Adolescentes trabalhadores brasileiros: um breve estudo bibliométrico.** Revista Psicologia Organizações e Trabalho, v. 14, n. 1, p. 79-88, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Censo Nacional.** 2010.

IBGE. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Censo Nacional.** 2004.

KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo Justus dos. **Trabalho infantil no meio rural brasileiro: evidências sobre o "paradoxo da riqueza".** Economia Aplicada, v. 14, p. 339-353, 2010.

NEVES, ECJ; MENEZES, TA de. Bolsa Família, crises econômicas e trabalho infantil: diferentes impactos no Nordeste e Sudeste. **Encontro Nacional da ENABER,** v. 13, 2010.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável.** 2015.

PAPALIA, Diane E.; FELDMAN, Ruth D. **Desenvolvimento humano.** Artmed editora, 2013.

REIS, Suzéte da Silva. **Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente.** 2015.

RIZZINI, Irene; FONSECA, Claudia. **As meninas e o universo do trabalho doméstico no Brasil: aspectos históricos, culturais e tendências atuais.** Brasil, OIT, 2002.

RODRIGUES, Otilia Alves. **Trabalho infantil um contexto jurídico e social.** FESPPR Publica, v. 2, n. 2, p. 7, 2018.

SILVA de Deus Vieira, Nancy; KASSOUF, Ana Lúcia. **Mercados de trabalho formal e informal: Uma análise da discriminação e da segmentação.** Nova Economia, v. 10, n. 1, p. 41-77, 2000.

TAVARES, Maurício Antunes. **Onde está Kelly?: O trabalho oculto de crianças e adolescentes exploradas nos serviços domésticos na cidade do Recife.** Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social, 2002.

CAPÍTULO 16

REFORMA TRABALHISTA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, INSTITUIÇÕES SINDICAIS E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL

Data de aceite: 02/08/2021

Bruna Rafaela da Silva Ferreira

Bacharel em Direito/Centro Universitário de Adamantina/SP

Daniele Esteves Bisterço

Bacharel em Direito/Centro Universitário de Adamantina/SP

Júlia Brandane Breda

Bacharel em Direito/Centro Universitário de Adamantina/SP

Monique Hubach Pieretti

Bacharel em Direito/Centro Universitário de Adamantina/SP

José Eduardo Lima Lourencini

Mestre em Educação/Universidade do Oeste Paulista

Bacharel em Direito/Centro Universitário de Adamantina/SP

Docente/Centro Universitário de Adamantina/SP

RESUMO: O ano de 2017 foi marcado pela Reforma Trabalhista, que buscou, ao mesmo tempo, legalizar práticas já existentes e possibilitar aos empregadores manejar a força de trabalho de acordo com as necessidades. Desta feita, apurasse um ajustamento do padrão de regulação do trabalho de acordo com as características do capitalismo contemporâneo, para fortalecer a autorregulação do mercado e ao mesmo tempo submeter o trabalhador a uma maior insegurança, quando amplia as possibilidades do empregador

em determinar as condições de contratação, o uso da mão de obra e a remuneração do trabalho. Com efeito, as instituições sindicais são afetadas com o esvaziamento de sua capacidade de organização, pois tende a predominar uma descentralização e articulação com os interesses das empresas.

PALAVRAS – CHAVE: Reforma Trabalhista. Empregado. Empregador. Instituições sindicais.

ABSTRACT: 2017 was marked by the Labor Reform, which sought, at the same time, to legalize existing practices and enable employers to manage the workforce according to needs. This time, there is an adjustment of the standard of labor regulation according to the characteristics of contemporary capitalism, to strengthen the self-regulation of the market and at the same time subject the worker to greater insecurity, when expanding the possibilities of the employer in determining the contracting conditions, the use of labor and the remuneration of work. In effect, union institutions are affected by the emptying of their organizational capacity, as decentralization and articulation with the interests of companies tend to predominate.

KEYWORDS: Labor Reform. Employee. Employer. Union institutions.

11 INTRODUÇÃO

Conforme Krein (2018), já na década de 1980 predominava a discussão sobre a reforma sindical com o surgimento do novo sindicalismo, que segundo o autor tinha a proposta de

fortalecer a definição da regulamentação por meio da negociação coletiva. Todavia, houve uma maior ênfase no fortalecimento da regulamentação estatal com a constitucionalização de vasto direitos presentes nas leis infraconstitucionais e a ampliação da proteção social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 não se alterou o caráter flexível da legislação trabalhista, mais precisamente ao que se refere à liberdade do empregador em dispensar o trabalhador sem justa causa, bem como a possibilidade dos atores sindicais negociarem a redução dos salários e a jornada de trabalho.

Segundo Krein (2018) a legislação brasileira não conseguiu estruturar o mercado de trabalho como de fato o fazem os países centrais, vez que no pós guerra caminharam na perspectiva de ampliação dos direitos e aumento da proteção social, ou seja, a prevalência de uma regulação mais pública das relações de trabalho.

Na contramão, Krein (2018), identifica que o mercado de trabalho brasileiro continuou pautado na informalidade, flexibilidade, desrespeito da legislação trabalhista, alta rotatividade, baixos salários, desigualdades entre os rendimentos do trabalho e condições de trabalho precárias.

Década de 1990, o Brasil traz o processo de globalização financeira, sob a hegemonia do neoliberalismo, ganhando expressão no governo Collor e principalmente no governo Fernando Henrique Cardoso, que segundo Krein (2018), tinha uma agenda de flexibilização das relações do trabalho, que de acordo com o discurso daquele governo, era necessário frente ao enfrentamento do desemprego e da informalidade.

Entretanto, o governo Fernando Henrique Cardoso, apesar de assumir a agenda da flexibilização, não teve força política para provar uma reforma global. Com efeito, conforme Krein (2018), foram introduzidas uma série de medidas pontuais os quais afetaram elementos centrais da relação de emprego, dentre as quais: avanço das contratações atípicas, flexibilização da jornada de trabalho, remuneração variável, mecanismos privados de resolução de conflitos.

Contudo, à época, importantes proposições apresentadas não foram viabilizadas, quais sejam: a liberalização da terceirização, prevalência do negociado sobre o legislado, e a reforma no sistema de organização sindical.

Nos anos 2000, contexto em que no Brasil há um crescimento com a inclusão social através do consumo, verifica-se a continuidade do processo de reorganização do trabalho que é característica do capitalismo contemporâneo.

Segundo Krein (2018), avanços no campo das negociações coletivas, substancialmente na elevação do poder de compra dos trabalhadores, no entanto, continuaram consolidando programas de remuneração variável, terceirização, flexibilização e a intensificação da jornada de trabalho. Com relação aos sindicatos, com raras exceções, não conseguiram influenciar na organização do trabalho.

Salienta Krein (2018) a iniciativa do governo Lula em realizar uma reforma sindical e trabalhista por meio da constituição do Fórum Nacional do Trabalho, com participação

tripartite entre os anos de 2003 e 2005, não conseguiram resultados substanciais, mas lograram êxito na elaboração da lei de reconhecimento das Centrais Sindicais, proporcionando bases para o seu financiamento, bem como incorporadas entidades paralelas na estrutura sindical oficial.

No âmbito do estado, Krein (2018) discorre sobre a implantação de medidas de ampliação da proteção social e de direitos, como por exemplo a política de valorização do salário mínimo e regulamentação do trabalho doméstico. Por outro lado, 21 medidas reforçaram a lógica da flexibilização e redução da proteção social, dentre elas a reforma da previdência do setor público de 2003, as restrições do seguro desemprego e do abono salarial, a lei das falências dentre outras.

Em apertada síntese, Krein (2018) ressalta que nos anos 2000 não houve uma reforma trabalhista e sindical geral, mas mudanças pontuais e movimentos contraditórios, com avanços e recuos.

Já no ano de 2014 houve a mais expressiva diminuição da proteção social aos assalariados. No governo Dilma Rousseff, Krein (2018) Observa uma política econômica mais ortodoxa e medidas de desconstrução de direitos, a exemplo as medidas provisórias que criaram maiores restrições para os trabalhadores terem acesso ao seguro desemprego e ao abono salarial.

Em 2015 aprofundam-se as crises econômicas e política ficando bem mais expressiva a agenda da retirada de direitos, dentre as iniciativas destaca-se a votação da PL 4330/2004, na Câmara dos Deputados, que regulamenta a terceirização.

Segundo Krein (2018), a referida Projeto de Lei tramita no Senado Federal como PLC 30/2015, mas está engavetado, vez que a reforma já promoveu a liberalização total da terceirização.

Frente às mobilizações sociais da época pelo impeachment, a agenda alternativa apresentada à sociedade em contraposição ao PT, previa a diminuição da intervenção estatal, que segundo Krein (2018) consta no documento do Partido do Movimento Democrático Brasileiro denominado “Uma Ponte para o Futuro”, apresentado à sociedade com a finalidade de do Presidente Michel Temer ganhar apoio da elite econômica com um programa ultraliberal.

Sinaliza Krein (2018) que o referido documento revela um Estado mínimo, redução de gastos com programas sociais, retirada de direitos e diminuição da proteção social. A política do Presidente Michel Temer em 2016 também previa a Reforma da Previdência e Reforma Trabalhista, sendo que esta última aparecia tímida, indicando somente o fim da política de valorização do salário mínimo e a prevalência do negociado sobre o legislado.

O impeachment da Presidente Dilma Rousseff fez com que diversos setores empresariais passassem a defender com maior ênfase a pauta da flexibilização das relações de trabalho, vez que a reforma trabalhista ganhou prioridade em relação à reforma previdenciária.

Em 26 de abril de 2017 o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados por 296 votos favoráveis e 177 votos contrários. No Senado, teve aprovação em 11 de julho por 50 a 26 votos, e sancionado pelo Presidente da República no dia 13 de novembro do mesmo ano, sem vetos. Com efeito, a lei passou a vigorar no país a partir do dia 11 de novembro de 2017.

O objetivo do presente artigo é trazer, sobretudo, as principais alterações da Reforma Trabalhista e seus reflexos nas relações de trabalho e instituições sindicais.

No primeiro capítulo abordou as principais mudanças que trouxe a Reforma Trabalhista, instrumentalizada pela Lei 13. 467 de 2017. Já o segundo capítulo discorreu os princípios do direito individual e coletivo do trabalho. O terceiro capítulo traz a trajetória dos sindicatos brasileiros e, por fim, não menos importante, traz a discussão sobre a atuação dos sindicatos e a reforma trabalhista, sob a êxige da revitalização do princípio da unicidade sindical.

O presente artigo configura-se como uma revisão bibliográfica (GIL, 2008), onde, procuramos analisar artigos, livros, teses e dissertações publicadas a respeito do tema, nos valendo das bases de dados Google Acadêmico e SciELO.

2 | MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A reforma trabalhista não deve ser compreendida como uma simples modificação legislativa, mas, sobretudo, como um instrumento de desmonte das garantias justrabalhistas, vez que, alterados 201 dispositivos, modificou elementos centrais da relação de trabalho e instituições responsáveis pela normatização e efetivação das relações de trabalho.

Conforme Krein (2018), tem-se, de um lado, mudanças no conteúdo em relação aos direitos: formas de contratação e facilidade na dispensa do trabalhador, jornada de trabalho, remuneração da jornada de trabalho e condições de trabalho, principalmente às relacionadas com a saúde e segurança do trabalho. Por outro lado, questões que alteram o papel e enfraquecem as instituições públicas: alteração na regulamentação da representação da representação dos interesses coletivos dos trabalhadores e da negociação coletiva, limitações de acesso à Justiça do Trabalho, engessamento de sistema de fiscalização de fraude.

2.1 Contrato de trabalho

Klein (2018), discorre sobre a possibilidade de um “cardápio” de opções aos empregadores, as quais deixam o trabalhador mais vulnerável. À exemplo, tem-se em primeiro lugar, a liberalização terceirização, ao permitir sua aplicabilidade em atividade fixa e em qualquer setor de atividade. Expressa-se também em diferentes modalidades como o contrato de trabalho temporário, trabalho autônomo, “pejotização” e cooperativa de trabalho.

Secundariamente, o empregador conta com uma vasta possibilidade de contrações

atípicas, temporárias e mais precárias. Krein (2018) cita, à exemplo: a) ampliação do contrato à tempo parcial para até 32 horas semanais, admitindo-se, inclusive, horas extraordinárias; b) introdução do trabalho intermitente; c) extensão de contratação temporária, em que é enxugado os direitos do trabalhador; d) a desfiguração da relação de emprego disfarçada com a possibilidade de contratação do autônomo de forma continuada, onde configura a legalização da contratação do trabalhador como pessoa jurídica em substituição ao contrato assalariado.

E em terceiro lugar, Krein (2018) afirma que a nova legislação trabalhista: a) reduz custo e facilita ao empregador demitir o trabalhador, quando assegura às empresas desligarem os funcionários coletivamente ou individualmente sem a necessidade de negociarem com os sindicatos ou prestarem contas às instituições públicas; b) possibilita que a rescisão do contrato de trabalho seja realizada por acordo, em que o trabalhador receberá o aviso prévio e a indenização sobre o saldo do FGTS pela metade, apenas 80 % do FGTS e não terá direito ao seguro desemprego; c) desobriga que a homologação seja realizada na entidade de classe, assim como abre possibilidade de as partes assinarem um termo de quitação anual de obrigação trabalhistas durante a vigência do contrato.

2.1.1 Jornada de trabalho

Ao que se refere à jornada de trabalho, Krein (2018) destaca dois aspectos: a) ampliação da liberdade do empregador manejar o tempo de trabalho necessário; b) a redução de custos com a não remuneração de parte do tempo em que o trabalhador fica à disposição do empregador, mas sem necessariamente produzir.

De acordo com Krein (2018), são medidas flexibilizadoras da jornada: a) ampliação da compensação das jornadas de trabalho por meio de banco de horas com uma limitação frágil da jornada diária ou semanal e ainda facultando a realização de acordos individuais; b) possibilidade das empresas utilizarem a força de trabalho para além das 08 horas diárias, com a regulação da jornada de trabalho 12 x 36 horas para todos os setores; c) fim da necessidade de comunicação às autoridades competentes quanto extensão da jornada de trabalho diária; d) as pausas para a amamentação é objeto de negociação com os empregadores; e) parcelamento de férias em três períodos.

Segundo Krein (2018) também são mudanças a que se refere a jornada de trabalho: a) não computo das horas *in itinerena* jornada paga; b) considera-se como jornada paga apenas o tempo efetivamente trabalhado, desconsiderando as atividades preparatórias; c) negociação da redução do intervalo da refeição para trinta minutos; d) o não pagamento de horas extraordinárias na modalidade *home office*.

Assim, o manejo na jornada de trabalho da uma maior liberdade para o empregador utilizar o tempo de vida do trabalhador, extensão da jornada de trabalho, o não pagamento de horas à disposição da empresa, bem como ampliação da intensidade do labor, que

segundo Krein (2018), impacta diretamente nos direitos, na vida social e adoecimento do trabalhador.

Segundo Martinez (2017), a supressão das horas *in itinere*, caso não seja considerada inconstitucional materialmente, por violação ao princípio do não retrocesso social, não poderá produzir a mera retirada do direito do recebimento das horas de itinerário daquele que, antes da vigência da lei da reforma trabalhista, as recebia.

Assim, de acordo com Martinez (2017), a solução proposta será a incorporação e o respeito ao direito adquirido daqueles que já recebiam as horas *in itinere*, que somente deixarão de sê-la devidas se os pressupostos para o seu pagamento deixarem de existir, como por exemplo, a outorga de transporte público regular no local em que está estabelecida a sede do empregador.

Martinez (2017), conclui seu posicionamento, levando em conta que , apesar de teoricamente ser uma violação ao princípio do não retrocesso social, a norma que suprime direito estar fulminada pela inconstitucionalidade material, pressupõe-se o posicionamento do interprete quanto aos efeitos dos direitos trabalhistas previstos em lei sobre o contrato de emprego.

O autor também acredita ser assertiva a tese segundo a qual os direitos previstos em lei incorporem-se às cláusulas contratuais de emprego, e, a partir de então, passam a constituir um patrimônio jurídico, um verdadeiro direito adquirido, vez que tal incorporação é automática, independente do desejo do trabalhador ou do empregador.

Conforme Martinez (2017), se houve a integração das normas legais ao conteúdo do contrato de trabalho, não há que se falar de sua retirada pela simples revogação da lei, notadamente quando a situação for supressiva de vantagens, enaltecedo a tese aqui explanada, o autor citou o entendimento adotado na sumula 191 do TST, pós edição a Lei nº 12.740/2012.

Neste sentido:

(...) o empregado tem por direito adquirido um conjunto de direitos trabalhistas que somente pode merecer progressão, jamais retrocessão. Se por alguma razão ponderosa houver um declínio da vida social do trabalhador, as conquistas incorporadas ao seu patrimônio jurídico estarão preservadas. O novo direito com eventual *dowgrade* social, caso passe pelo filtro da inconstitucionalidade material por violação ao princípio do não retrocesso social, somente será exigível de novos empregados, ou seja, de empregados que apenas mantiveram seus contratos com base na nova e menos favorável lei (MARTINEZ, 2017, p. 122-123).

Desta feita, Martinez (2017) defende que não se refere a tratamento diferenciado ou violação ao princípio da igualdade, pois a vantagem em favor dos antigos empregados há de ser intendida como uma vantagem pessoal, e por isso intransferível.

2.1.1.1 Remuneração

Com a reforma trabalhista abriu-se a possibilidade de: a) redução salarial por meio de negociação coletiva ou ainda por negociação individual, caso o trabalhador tenha remuneração superior à dois tetos previdenciários; b) estímulo à adoção de remuneração variável, especialmente com o programa de participação no lucros e resultados; c) possibilidade do empregador pagar o trabalhador bens, bônus e serviços; d) pagamento realizado por desempenho individual ou por produtividade; e) apropriação de gorjetas pelas empresas, definindo sua distribuição; f) a não consideração das gratificações, auxílio alimentação, abonos, diárias de viagens, como parcela salarial, comprometendo os fundos de financiamento das políticas públicas, especialmente a segurança e os direitos vinculados aos salários.

Para Krein (2018), a reforma trabalhista aprofunda as possibilidades do salário se tornar um componente variável, vinculado ao desempenho da empresa, do grupo ou do indivíduo, colocando por terra a garantia mínima à segurança de remuneração do trabalhador, vez que o risco do negócio deixa de ser apenas da empresa.

Neste sentido:

Consolida-se, assim, uma forma mais barata da empresa pagar a contraprestação do serviço realizado por um trabalhador, com três consequências principais: a quebra da solidariedade entre trabalhadores, a oscilação da remuneração de acordo com as metas atingidas e, ainda, o comprometimento do fundo público, pois o pagamento é considerado bônus e não salário (KREIN, 2018, p. 90).

Com efeito, todas as alterações elencadas trazem prejuízos às condições de trabalho e a vidas dos trabalhadores, especialmente ao que se refere à jornada de trabalho e ao descanso, tendo em vista que possuem relação direta com os acidentes de trabalho e as doenças profissionais, vez que ficam submetidos a maiores pressões por resultados e metas, subordinados à dinâmica da empresa.

2.1.1.2 A Reforma Trabalhista e a Vulnerabilidade das Instituições Sindicais

Segundo Krein (2018), a nova legislação trabalhista não realizou uma reforma sindical, no entanto, afetou direta e indiretamente o sistema de organização sindical e representação coletiva dos trabalhadores, vez que busca enfraquecer os sindicatos e estimular um processo de descentralização na definição de regras que regem a relação de emprego.

Discorre o autor sobre as principais consequências: a) prevalência do negociado sobre o legislado; b) estrangulamento financeiro dos sindicatos; c) normatização da representação dos trabalhadores no local de trabalho com base no Estado; d) possibilidade de negociação individual, excluindo os sindicatos nas definições de cláusulas contratuais de trabalho; e) a retirada da função do sindicato de supervisionar as homologações dos

trabalhadores com mais de um ano no trabalho; f) eliminação da ultratividade.

Conforme Krein (2018), outras mudanças na legislação incidem na capacidade da ação coletiva, fragmentando categorias por meio da terceirização e dos contratos atípicos, corroborado por uma agenda bastante ampla de flexibilização que tende a deixar os sindicatos na defensiva, considerando o contexto de aumento no desemprego e acentuadas inovações tecnológicas.

Krein (2018) discorre sobre a preocupante mudança, vez que enfraquece a possibilidade da normatização ser instrumento para assegurar direitos, melhores condições de trabalho e maior proteção social. Na contramão, a prevalência do negociado sobre o legislado possibilita que a negociação rebaixe regulamentações inscritas no marco legal, ou seja um a inversão de hierarquias normativas, que fortalece o poder do empregador e não do trabalhador.

O autor apresenta outra problemática, quando a nova lei regulamenta a representação dos trabalhadores no interior das empresas com mais de duzentos empregados, onde sua eleição é feita sem a interferência do sindicato e os membros eleitos não possuem estabilidade, podendo ser despedidos em momentos de crise econômica, inovação tecnológica e faltas disciplinares.

Neste sentido, suas atribuições consistem em gestão de conflitos e o exercício de prerrogativas próprias dos sindicatos de negociar condições de trabalho, caracterizando um conflito de papéis entre as duas instâncias de representação, muito embora ser uma demanda antiga do movimento trabalhista, que não fortaleceu, mas dividiu os trabalhadores, colocando impedimentos na atuação dos sindicatos.

Segundo Krein (2018), o financiamento sindical foi afetado pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, vez que era uma demanda de parte importante no movimento sindical. Segundo o autor, sua introdução na contrarreforma tinha como objetivo ajudar a ganhar parte da sociedade e do movimento sindical para reduzir as resistências à proposta do governo.

Krein (2018) pontua que, por um lado, o fim da contribuição sindical é defendido por parte do movimento sindical e da sociedade, mas de outro, o governo se utilizou da inclusão da medida para dividir o movimento sindical, indicando que poderia negociar a sua retirada e apresentar uma alternativa ao financiamento.

O autor acrescenta que a inclusão de tal medida veio logo após o Supremo Tribunal Federal ter julgado uma ação sobre contribuição assistencial – vinculada a negociação coletiva – praticamente inviabilizando a sua cobrança pelas entidades sindicais, neste sentido, foram duas fontes de financiamento sindical fragilizadas no ano de 2017.

Segundo entendimento de Krein (2018) que a reforma trabalhista provoca um processo de fragmentação da base de representação sindical, e impõe uma pauta patronal para as negociações, onde esvazia o papel dos sindicatos em alguns aspectos, vez que admite a negociação individual. Assim, os sindicatos têm um grande desafio, que somente

poderá ser analisado no futuro.

No entanto, o autor coloca que a questão da fragilidade do movimento sindical não decorre somente da reforma, mas de um contexto econômico, político e ideológico desfavorável à ação coletiva, colocando-os na defensiva, perdendo força na sociedade.

Krein (2018) concluiu que, sendo a realidade dialética, os agentes sociais tendem a constituir novas estratégias de organização e ação, que podem acontecer desde a unificação de entidades e aproximação da base e da sociedade até a possibilidade da “mercadorização” da atividade sindical, com a venda de serviços, entre os quais o da negociação coletiva.

A exemplo:

(...) algo interessante é que depois da crise política e da ofensiva das reformas (após 2013) há dois indicadores que mostram uma recuperação de força do sindicalismo. A taxa de filiação voltou a crescer. Segundo a PNAD, entre 2013 e 2015, a taxa cresceu 6% (de 21 para 27%) entre os assalariados formais. Outro indicador, o Índice de Confiança Social do Ibope mostra que a instituição sindicato, recuperou credibilidade na sociedade brasileira, subindo de 37 para 44 o percentual da população que confia nela, entre 2013 e 2017 (KREIN, 2018, p. 95).

Com relação à Justiça do Trabalho, Krein (2018) visualizou três mudanças que a fragilizaram: a) “desconfigurar o direito do trabalho como direito protetor e promotor de avanços sociais aos trabalhadores, privilegiando o encontro ‘livre’ de vontades ‘iguais’, em verdadeiro retrocesso do século XIX”; B) obstáculos aos trabalhadores no acesso à Justiça do Trabalho; c) impor amarras à atuação dos juízes e tribunais do trabalho. A justificativa para a limitação ao acesso à justiça do trabalho está no número excessivo de processos.

O autor verifica que as alterações legais se contrapõem não somente ao marco legal, mas também à jurisprudência consolidada na Justiça do Trabalho, materializada, por exemplo, na aplicação da jornada de trabalho *in itinere*, negociada nos acordos em contraposição às leis. Assim, uma das limitações estabelecidas refere-se ao impedimento do Tribunal Superior do Trabalho em não poder constituir entendimento jurisprudencial.

3 I DIREITO COLETIVO DOS TRABALHADORES

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 8º, com exceção dos incisos V, VII e VIII, quais os direitos dos trabalhadores referentes a sindicalização.

Assim, de acordo com a doutrina “os trabalhadores têm direito de se organizarem em sindicatos representativos de categoria, cumprindo estas entidades a defesa dos direitos individuais ou coletivos dos trabalhadores integrantes da categoria respectiva” (CUNHA JUNHOR, 2012, p. 766).

Portanto, a Constituição Federal garante os direitos coletivos dos trabalhadores, sendo estes regidos pelos princípios constitucionais da liberdade sindical, autonomia

sindical, unicidade sindical e intangibilidade salarial.

4 I PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL

Explica Moraes (2018, p. 434) que a liberdade sindical é uma forma específica de liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), com regras próprias, demonstrando, portanto, sua posição de tipo autônomo.

Dessa forma, de acordo com Masson (2019, p. 366) a Constituição Federal prevê no inciso IV, do artigo 8º que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicatos, com este preceito que o Superior Tribunal Federal considerou compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a contribuição sindical de caráter obrigatório e condicionaram o seu pagamento à previsão expressa autorização dos filiados, que por maioria dos votos, entendeu a Corte

Não se pode admitir que o texto constitucional, de um lado, consagre a liberdade de associação, sindicalização e expressão (...) e, de outro, imponha uma contribuição compulsória a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais. (ADI 5794/DF. Rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 29/06/2018)

Assim, o princípio da liberdade sindical garante ao empregado a opção de se sindicalizar com o sindicato de sua categoria, ou não.

5 I PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL NEGATIVA

Conforme já exposto a Constituição Federal de 1988 garante o direito de livre associação e a liberdade sindical, assim como também traz a liberdade sindical negativa.

Mas conforme explica Neto; Santos (2019), o quadro atual do custeio sindical no Brasil foi abalado pela reforma trabalhista, que afastou a compulsoriedade da contribuição sindical, já que a atividade sindical de segurar a defesa dos direitos sociais trabalhistas necessita de fontes de financiamento legítimas.

De acordo com Freitas (2018) a cláusula *closed shop*, que significa um compromisso assumido pelo ente patronal de apenas contratar empregados regularmente filiados ao sindicato, e a cláusula *maintenance of membership*, que é um compromisso assumido pelo ente patronal de apenas contratar empregados regularmente filiados ao sindicato, ambas são condutas consideradas antissindicais, por violarem o princípio da liberdade sindical, já que o trabalhador não pode ser obrigado a se filiar ou manter-se filiado ao sindicato.

Contudo, expõe Neto; Santos (2019) que o mesmo não ocorre com a cláusula *agency shop*, segundo a qual os trabalhadores abrangidos pela negociação coletiva, ainda que não associados, poderão ser convocados a financiar esse processo, ou seja, o trabalhador não será sindicalizado, nem mesmo permanecer filiado, mas ao se beneficiar da negociação

coletiva realizada pelo sindicato, deverá participar do financiamento deste, sob pena de inviabilizar a atuação sindical, bem como atuar como desincentivo a novas associações.

Ao interpretar as Convenções n. 87 e n. 98, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT admite a possibilidade do desconto de contribuições dos não associados abrangidos pela negociação coletiva. Essa imposição deve decorrer do instrumento normativo e não da lei. Quanto ao desconto em folha, também deverá ser estabelecido na negociação coletiva, não devendo ocorrer interferência estatal. (NETO; SANTOS, 2019)

Isto posto, a liberdade sindical negativa é a garantia dos direitos sociais dos trabalhadores mesmo que não filiados ao sindicato da categoria, tendo em vista que os que não são associados sejam abrangidos pela negociação coletiva, mediante a possibilidade de desconto de contribuição, para o custeio de determinado processo.

6 I PRINCÍPIO DA AUTONOMIA SINDICAL

De acordo com Delgado (2001), um dos princípios do Direito Coletivo do Trabalho que cumpre o papel de assegurar condições à própria existência do ser coletivo obreiro é o da autonomia sindical.

Tal princípio sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador. (DELGADO, 2001)

Deste modo, explica a Delgado (2001), que com Constituição Federal de 1988, foi eliminado do controle político-administrativo do Estado a estrutura dos sindicatos, tanto de sua criação, quanto à sua gestão. Além disso, alargou as prerrogativas de atuação dessas entidades, seja em questões judiciais e administrativas, seja na negociação coletiva, seja pela amplitude assegurada ao direito de greve.

Em outras palavras, de acordo com Masson (2019, p. 366) a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

6.1 Princípio da unicidade sindical

Quanto ao princípio da unicidade sindical, trata o artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 que:

é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município

Portanto, de acordo com Fontes (2011), a lei poderá limitar a criação de sindicatos,

em uma determinada base territorial, a apenas um ente sindical representativo de determinada categoria profissional ou de certa atividade econômica.

Em outras palavras: “é a proibição, por lei, da existência de mais de um sindicato na mesma base de atuação” (NASCIMENTO, 2000, p. 1234).

Contudo, há de ser interpretada de acordo com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista liberdade de associação sindical.

7 | PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL

Quanto ao princípio da intangibilidade salarial a Constituição Federal de 1988 assegura a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva. Tal garantia, explica Neto; Santos (2019), também se estende aos servidores e empregados públicos, mas a CLT, por sua vez, também tutela o salário dos trabalhadores.

Segundo os mesmos autores trata-se do princípio da intangibilidade salarial, que impõe ao empregador vedação de desconto nos salários, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Conforme Delgado (2001), a irredutibilidade salarial sucumbe perante a negociação coletiva, mas não de forma ilimitada, pois a Constituição Federal de 1988 recepcionou em parte antigos preceitos legais que estabelecem parâmetros para a redução salarial.

Deste modo, o princípio da intangibilidade salarial assegura a irredutibilidade do salário, todavia, a Constituição Federal de 1988 prevê a hipótese de que caso de acordo ou convenção coletiva poderá haver descontos nos salários, respeitando-se os parâmetros.

8 | CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: SURGIMENTO, CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA, REGULAMENTAÇÃO E FONTES DE FINANCIAMENTO

8.1 Entendendo a contribuição sindical

Quanto a contribuição sindical, explica Senado (2015), para iniciar com o entendimento mais preciso vale ressaltar que consiste em um valor pago pelo empregado uma vez por ano e diante a remuneração de um dia de trabalho normal, ou seja, 1/30 da remuneração mensal do empregado, mas não inclui outros benefícios, dessa forma, consiste em fortalecimento do movimento sindical, esse valor é descontado pelo empregador direto da folha de pagamento.

Assim, segundo Pessoa (2006), o sindicato compete a um instrumento de defesa da classe trabalhadora, isso porque o sistema capitalista em que os donos e empregadores visam uma coisa em seus negócios, alcance de valores, lucratividade, muitas vezes sem pensar nos direitos dos trabalhadores, condições de trabalho, dentre outros fatores que envolve até mesmo o Estado Democrático de Direito.

8.2 Surgimento

Na percepção de Alexandre (2018) os trabalhadores ao longo dos anos lutaram por seus direitos, por conquistas que hoje existem graças aos movimentos realizados por melhorias e garantias, no período que no Brasil se instalavam indústrias e que pessoas saiam do campo para a cidade em busca de trabalho nelas e a qualidade de vida, chegavam e se deparavam com um método de trabalho praticamente escravo, pois não existia salário mínimo e muito menos proteção na realização das atividades.

Explica Nascimento (2013) que toda a família trabalhava com o intuito de garantir um ganho maior, além de existir desigualdades, como os homens recebiam mais que a mulheres e crianças, percebe-se que o cenário modificado bastante em comparação aos tempos atuais, assim esses trabalhadores eram desprotegidos e desamparados por leis, dentre outros, quando havia muita reclamação ou movimentação, os donos das indústrias logo poderiam desempregar essas pessoas em busca de outras, pois a demanda pelo trabalho era bem considerável.

Além de outras coisas, expõe Garcia (2013) que nas quais os trabalhadores eram submetidos, mas esse cenário foi sendo modificado com o surgimento de leis e da Constituição Federal em prol dos trabalhadores que também possuem uma lei em específico com garantias e direitos.

8.3 Constituição histórica

De acordo com Delgado (2012) foi durante o Governo de Getúlio Vargas que os trabalhadores foram alcançando os seus direitos, com algumas considerações essenciais, como o salário mínimo, a proteção adequada em relação ao trabalho realizado, as mulheres seriam remuneradas, além de um dia da semana de folga, dentre outras garantias.

Mascaro (2014) adere que foi diante a Constituição Federal de 1988 que as inovações e aperfeiçoamento foram trazidos diante ao direito Coletivo do Trabalho, assim os sindicatos que são os representantes dos trabalhadores usufruem de ampla liberdade, mas esse assunto acaba sendo motivo de contradições dentre os autores e estudiosos.

Segundo Delgado (2012) a contribuição é uma forma custeio da manutenção de receitas, o recolhimento de contribuição assistencial, ela já foi definida na Constituição de 1937 e foi alterada quanto a sua nomenclatura, esse valor consiste apenas aos empregados que por direito de escolha se filiam a um determinado sindicato, além da manutenção das atividades essenciais do sindicato, desde que seja amparadas por lei.

8.4 Regulamentação

A Reforma Trabalhista, segundo Alexandre (2018), promoveu diversas modificações em relação ao trabalho, assim a contribuição sindical deixou de ser uma contribuição compulsória, isso significa que as rescisões dos empregados com mais de um ano na empresa não são mais obrigadas a ocorrer a homologação. Isso também significa a

reeducação dos sindicatos com maior dependência da contribuição sindical, pois com a redução da receita fica mais complexo manter os benefícios oferecidos aos empregados, motivo das principais fontes de arrecadação.

8.5 Fontes de financiamento

De acordo com Mascaro (2014) o sindicato é uma pessoa jurídica do Direito privado que tem a atividade de representar os seus associados, mas é fundamental que ele possua renda para o investimento e suas ações, sempre visando os benefícios dos associados que se interessam pelo que ele irá oferecer diante as devidas circunstâncias, cumprindo adequadamente com as obrigações que lhes recaem.

Explica Alexandre, 2018 que atualmente os sindicatos despertam contradições entre estudiosos, pois podem se beneficiar de eventuais receitas sejam elas oriundas de doações, multas e ainda podem ser cobradas diretamente dos trabalhadores associados, e também daqueles que fazem parte da categoria no qual o sindicato representa.

Dentre as fontes para o financiamento dos sindicatos, de acordo com Silva (2008) cada categorias poderá ter uma contribuição diferente, dessa forma, a contribuição assistencial, contribuição confederativa e a contribuição sindical (tema principal desse artigo).

Salienta Matos (2009) que a Contribuição Sindical, ela é direcionada apenas aos sócios do sindicato e esse método é considerado como o patrimônio das entidades sindicais, pois a maioria dos associados utiliza essa plataforma, além de seguir o que é estabelecido nos estatutos e assembleias, outro ponto importante é ilegal a cobrança indiscriminada dela, pois quem não é associado não precisa contribuir com o pagamento.

Já a contribuição assistencial, conforme explica Alexandre (2018) reflete em uma obrigação facultativa, ou seja, diante um acordo entre os sindicatos patronais e profissionais, em prol de questões relacionadas a contribuição que serão firmadas por meio de norma coletiva, e também os que não fazem parte não deverão se responsabilizar por obrigações.

Assim, segundo Naves (2008) a Contribuição Confederativa é uma alternativa de contribuição sindical, isso significa que ela é deliberada e fixada mediante assembleia geral, com o valor descontado em folha de pagamento diante todos os integrantes da categoria, se diferenciando dos demais porque independente de ser associado ou não o valor será descontado.

9 I ATUAÇÃO DOS SINDICATOS E REFORMA TRABALHISTA: RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL?

A Constituição Federal, em seu art. 8º, *caput* e incisos I e V, assegura o princípio da liberdade sindical. Ainda assim, o texto constitucional apresenta diversas limitações ao exercício da liberdade sindical.

Em contrapartida ao princípio da liberdade sindical, conforme já explicado, surge

com o art. 8º, II da nossa Constituição Federal, que prevê o princípio da unicidade sindical, significa dizer que só se pode existir uma organização sindical para a representação de uma determinada categoria profissional ou econômica em dado espaço territorial.

Boskovic (2001) acredita que a adoção da unicidade sindical é decisão contrária à tendência mundial. A Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, que é uma das mais importantes convenções da OIT, é que assegura a liberdade sindical plena, e, apesar de ter sido ratificada por mais de 120 países, não foi aderida pelo Brasil.

Com o advento da reforma trabalhista, diversas mudanças foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, e uma delas uma das mais importantes, por sinal, foi a possibilidade de que disposições ditadas por normas coletivas prevaleçam sobre a lei (art. 611-A da CLT). As normas coletivas abrangem, aqui, tanto os acordos coletivos quanto as convenções coletivas de trabalho. Os acordos coletivos de trabalho são acordos celebrados por uma ou mais empresas com seus empregados, estando, estes, devidamente representados pelo sindicato de suas respectivas categorias. Têm-se, também, as chamadas convenções coletivas de trabalho, que se resumem em acordos pelos quais dois ou mais sindicatos estipulam condições de trabalho aplicáveis a determinada categoria profissional ou econômica, sem, obviamente, a participação ou a anuência dos demais empregados da categoria que representam.

Outra mudança diz respeito à extinção da contribuição sindical compulsória. Em julho de 2018 foi reconhecida a legalidade de lei infraconstitucional tratar sobre contribuições sindicais, já que silente a Constituição Federal com relação à obrigatoriedade da cobrança.

Com a chegada destas importantes mudanças, instalaram-se discussões a respeito da incompatibilidade do sistema da unicidade sindical com as disposições trazidas pela reforma trabalhista, além da ilegitimidade democrática das condições estabelecidas por sindicatos que, por força legal, atingem todos trabalhadores e empregados indiscriminadamente.

Com relação à primeira mudança, que é a inserção do art. 611-A, explica, Boskovic (2001), que se presume que, como querem dar mais força às normas coletivas, é de suma necessidade que os sindicatos efetivamente representem os empregados sindicalizados, posto que, como mencionado, estes têm um papel expressivo na estipulação de condições através das convenções coletivas. Ademais, Garcia (2017) expõe que a crítica aponta no sentido de que não há legitimidade democrática, pois é inadmissível que os sindicatos estipulem condições diversas para empregados que sequer são filiados a eles. Tal situação ocorre porque a Constituição Federal dispõe, em seu art. 8º, III, que mesmo os trabalhadores e empregados que não são filiados aos sindicatos são abrangidos por sua representação.

Garcia (2017) diz que se existe apenas um sindicato para a representação de uma determinada categoria profissional ou econômica em uma localidade, não há que se falar em democracia, nem poder de escolha.

Outrossim, a mudança em relação à compulsoriedade do pagamento de contribuição

sindical geraria, como efeito colateral, caso o sistema adotado fosse da pluralidade sindical, maior concorrência entre os sindicatos, já que os trabalhadores poderiam escolher o sindicato que melhor os representasse. Aqui, a crítica é no sentido de que a unicidade sindical acomoda os sindicatos, já que, no sistema atual, inexiste esta concorrência e os empregados ficam limitados a existência de apenas um sindicato por local e categoria, não possuindo efetivo direito de escolha.

No entanto, existem juristas contrários à adoção da pluralidade sindical, como Morales (2003) e Russomano (1995). De acordo com Russomano (1995), apresentando argumentos contrários à pluralidade sindical:

a) a pluralidade quebra a unicidade da classe operária; b) estimula a luta entre os sindicatos e, por extensão, entre seus dirigentes associados; c) a vaidade ou a ambição de seus líderes, quando feridas, levam a formação de sindicatos dissidentes numerosos e desnecessários; d) todos esses fatores contribuem para o enfraquecimento da luta operária e do próprio sindicato, representando, assim, um desvirtuamento histórico do sindicalismo; e) pressupõe, em certos momentos cruciais, a declaração da entidade mais representativa, de modo a que os sindicatos fiquem divididos em duas categorias, uns detimentos dos outros, o que pode fazer com que os trabalhadores abandonem os sindicatos mais fracos, ingressem no sindicato único que se quer evitar. (RUSSOMANO, 1995)

Guarnieri (2005) também apresenta críticas à pluralidade sindical:

Os argumentos contrários à pluralidade sindical são, basicamente os seguintes: a) o fracionamento do sindicalismo; b) criação de sindicatos pequenos e frágeis; c) a cooptação de sindicatos em nível de empresa pelo empregador; d) a dificuldade de definição dos critérios para escolha do sindicato mais representativo; e) a indefinição do órgão competente para decidir sobre disputas de representação; f) a conflitividade entre sindicatos, que o pluralismo estimularia. (GUARNIERI, 2005)

Ao que tudo indica, o Brasil, com a reforma trabalhista, inviabilizou a existência da unicidade sindical e caminha em direção à real extinção da mesma, motivada quase que única e exclusivamente pelo incentivo à concorrência, aderindo à tendência mundial da liberdade sindical plena presente em diversos países ocidentais.

Assim, apesar de opiniões contrárias e dezenas de argumentos que demonstram o porquê de a pluralidade sindical poderia desmantelar toda estrutura sindical brasileira, o governo atual parece aderir às críticas que vão em contramão à adoção do princípio da unicidade sindical, mostrando indícios de que irão editar uma Proposta de Emenda à Constituição a fim de extinguí-la.

10 I CONCLUSÃO

Conforme exposto a reforma trabalhista não foi uma simples reforma, mas um desmonte de direitos, uma vez que alterados 201 dispositivos, modificando elementos

centrais da relação de trabalho e instituições responsáveis pela normatização e efetivação das relações de trabalho.

Muito embora tenha causado grande impacto ao direito sindical, a nova legislação trabalhista não realizou uma reforma sindical, mas afetou direta e indiretamente o sistema de organização sindical e representação coletiva dos trabalhadores, visto que busca enfraquecer os sindicatos e estimular um processo de descentralização na definição de regras que regem a relação de emprego.

A Constituição Federal garante os direitos coletivos dos trabalhadores, sendo estes regidos pelos princípios constitucionais da liberdade sindical, autonomia sindical, unicidade sindical e intangibilidade salarial.

Uma das mudanças da Reforma Trabalhista diz respeito à extinção da contribuição sindical compulsória. Em julho de 2018 foi reconhecida a legalidade de lei infraconstitucional tratar sobre contribuições sindicais, já que silente a Constituição Federal com relação à obrigatoriedade da cobrança.

Assim, com enfoque principal do presente artigo o princípio da liberdade sindical e da unicidade sindical, a Constituição Federal prevê no inciso IV, do artigo 8º que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicatos, onde o Superior Tribunal Federal considerou compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a contribuição sindical de caráter obrigatório e condicionaram o seu pagamento à previa e expressa autorização dos filiados, que por maioria dos votos, entendeu a Corte.

Com isto o financiamento sindical foi o mais afetado pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, uma vez que era uma demanda de parte importante no movimento sindical, sua introdução na contrarreforma tinha como objetivo ajudar a ganhar parte da sociedade e do movimento sindical para reduzir as resistências à proposta do governo.

Mas, com a chegada destas importantes mudanças, instalaram-se discussões a respeito da incompatibilidade do sistema da unicidade sindical com as disposições trazidas pela reforma trabalhista, além da ilegitimidade democrática das condições estabelecidas por sindicatos que, por força legal, atingem todos trabalhadores e empregados indiscriminadamente.

Assim, ao que tudo indica, o Brasil na Reforma Trabalhista inviabilizou a existência da unicidade sindical e caminha em direção à real extinção da mesma, motivada quase que única e exclusivamente pelo incentivo à concorrência, aderindo à tendência mundial da liberdade sindical plena presente em diversos países ocidentais.

Portanto, apesar de opiniões contrárias e dezenas de argumentos que demonstram o porquê de a pluralidade sindical poderia desmantelar toda estrutura sindical brasileira, o governo atual parece aderir às críticas que vão em contramão à adoção do princípio da unicidade sindical, mostrando indícios de que irão editar uma Proposta de Emenda à Constituição a fim de extinguir-la.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BARICELLO BOSKOVIC, Alessandra. A reforma sindical pressupõe o enfrentamento da unicidade sindical. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/a-reforma-sindical-pressupoe-o-enfrentamento-da-unicidade-sindical-3krfro1fkfsofg1amgsw6khk/>. Acessado em: 26 de setembro de 2019.

BORTOLOTTO, Rudimar Roberto. **Os aspectos da representatividade do atual direito sindical brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

BRASIL. Senado Federal. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/contribuicao-sindical>> Acessado em: 20 de ago. 2019.

CUNHA JUNHOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 17^a. Ed. São Paulo; LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 2, p. 79-98, abr./jun. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

FONTES, Andréa ICarregosa. **O princípio da unicidade sindical e a questão da base territorial mínima: uma análise a luz do conceito de categoria**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27518/o-princípio-da-unicidade-sindical-e-a-questão-da-base-territorial-mínima-uma-análise-a-luz-do-conceito-de-categoria>. Acesso em: 26 set 2019.

FREITAS, Gustavo Elias de Moraes. **Principais condutas antissindicais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51769/principais-condutas-antissindicais>. Acesso em: 26 set 2019.

GARCIA. Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Liberdade Sindical e Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/472267571/liberdade-sindical-e-reforma-trabalhista>. Acessado em: 26 setembro 2019.

JOÃO, Paulo Sergio. **A jurisprudência, a reforma trabalhista e o fim da unicidade sindical**. 2016. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2016-out-07/reflexões-trabalhistas-jurisprudência-reforma-trabalhista-fim-unicidade-sindical](https://www.conjur.com.br/2016-out-07/reflexoes-trabalhistas-jurisprudencia-reforma-trabalhista-fim-unicidade-sindical). Acessado em: 26 setembro 2019.

KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista.** *Tempo soc.[online]*. 2018, vol.30, n.1 [cited 2019-08-20], pp.77-104. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S0103-20702018000100077&lng=en&tlang=pt. Acesso 22/08/2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho:** Relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho/Luciano Martinez. - 8 ed.. – São Paulo: Saraiva 2017.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional** – 7. Ed. Ver. Ampl. E atual – Salvador: JusPODIVM, 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATOS, Marcelo Badaró. **Trabalhadores e Sindicatos no Brasil.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MATSUMOTO, Jorge Gonzaga; TOKUNAGA, Raissa . **O futuro do sindicalismo no Brasil após a reforma trabalhista.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-futuro-sindicalismo-reforma-trabalhista>. Acessado em: 26 setembro 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

MORALES, Cláudio Rodrigues, Enquadramento sindical após a constituição federal de 1988. São Paulo: LTr. 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 33^a edição, São Paulo, LTR, 2007.

NETO, Antonio. “**Pluralismo sindical: o abraço do afogado**”. Copyright © 2019, Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/pluralismo-sindical-o-abraco-do-afogado-87i67p7pcxpr1thqjhffhyrlk/> Acessado em: 26 setembro 2019.

NETO, Antonio. **Antonio Neto defende a unicidade e a estrutura sindical durante evento em homenagem à CLT.** 2019. Disponível em: <https://csb.org.br/noticias/antonio-neto-defende-a-unicidade-e-a-estrutura-sindical-durante-evento-em-homenagem-a-clt>. Acessado em: 26 setembro 2019.

NAVES, Márcio. B. **Direito e Marxismo:** um estudo sobre Pachukanis. 1^a Edição. São Paulo - SP: Boitempo, 2008.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Reforma trabalhista e financiamento sindical: contribuição assistencial/negocial dos não filiados.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 126-149, fev. 2019.

PEREIRA, Hiramar Marcos. **Desmembramento do sindicato: crise, crítica ou adaptação ao sistema.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3071, 28 nov. 2011.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Contribuições Sindical, Confederativa, Associativa e Assistencial:** Natureza e Regime Jurídicos. Revista Evocati, Aracaju, ano 1, n. 2, fev. 2006.

RESENDE. Thiago. **Governo quer acabar com unidade sindical para estimular concorrência.** 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/governo-quer-acabar-com-unidade-sindical-para-estimular-concorrencia.shtml>. Acessado em: 26 setembro 2019.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais do direito sindical.** 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Alessandra Devulsky da. Edelman. **Althusserianismo, direito e política.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo – 41.** Ed., ver. E atual / até a Emenda Constitucional n. 99, de 1.12.2017 – São Paulo : Malheiros, 2018.

CAPÍTULO 17

A RELAÇÃO DE TRABALHO ENTRE A UBER E SEUS “PARCEIROS”: O MOTORISTA ANTÔNIO

Data de aceite: 02/08/2021

Jackeline Cristina Gameleira Cerqueira da Silva

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ

<http://lattes.cnpq.br/9348768817328341>
<https://orcid.org/0000-0002-3076-5085>

Pesquisa apresentada originalmente no VIII Seminário de Direito e Sociedade do PPGSD/UFF, no ano de 2019.

RESUMO: As novas tecnologias de aplicativos como a Uber são uma nova técnica utilizada pelas sociedades empresárias para organizar a mão de obra. Por sua novidade, essas relações apresentam um desafio para o direito do trabalho brasileiro: a reinvenção. Seja para enquadrar a relação dos motoristas “parceiros” com a Uber como uma relação de emprego, seja para criação de um novo instituto jurídico capaz de englobá-los, fato é que essa nova categoria de trabalhadores não pode ficar à margem do ordenamento jurídico trabalhista, o qual tem por fundamento o princípio da proteção. O presente estudo realizou entrevistas com o motorista Antônio e analisou as informações disponíveis no aplicativo e no site da Uber para o referido parceiro, com o objetivo de verificar como esse tipo de serviço é executado e qual grau de autonomia resta a essa categoria de trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho no Século XXI, Aplicativo, Uber, Controle por programação.

ABSTRACT: New application technologies like Uber are a new technique used by business companies to organize the workforce. Due to their innovation, these relationships present a challenge to Brazilian labor law: a reinvention. Whether it is to frame a employment relationship between drivers and Uber , or to create a new legal institute capable of include them in the legal system, the fact is that this new category of workers cannot be excluded of the labor law, which based on the fundamental protection principle. This study realized interviews with a Uber driver and analyzed the information available on the app and on the Uber website for this partner, with the aim of verifying how this type of service is performed and what degree of autonomy remains for this category of workers.

KEYWORDS: 21st Century Work, Apps, Uber, Programmatic Control.

1 | INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro não determina com clareza qual vínculo jurídico é estabelecido entre as sociedades empresárias administradoras dos aplicativos e seus “colaboradores”. Com efeito, há uma controvérsia no que diz respeito ao enquadramento jurídico dessa nova relação. Por conseguinte, esses trabalhadores, situados na *zone grise*, realizam sua atividade sem efetiva proteção legal.

A *zone grise* (ou zona cinzenta) é um conceito utilizado por Lorena Vasconcelos Porto (p. 15, 2009) para explicar as espécies

de trabalho que, a princípio, são difíceis de serem classificadas como empregatícias ou autônomas, exatamente onde se encontram trabalhos em que o poder empregatício não é mais exercido de forma direta e constante tal como ocorria nas fábricas fordistas, em que era caracterizada, como contraface desse poder, a subordinação clássica.

Desde o Toyotismo o exercício de poder tem se renovado e adquirido novas formas mais sutis, apesar de continuar dirigindo eficazmente a execução dos serviços (Druck, p.59 a 126, 1999). Apontando como inovação da estruturação produtiva do capital, a Uberização, denominação utilizada por alguns autores como Carelli (p.146, 2017), modificou a forma de organização da mão-de-obra, passando a contar com plataformas online, tal como os aplicativos para smartphones, para organizar os trabalhadores.

A presente pesquisa buscou analisar os efeitos da referida lacuna no exercício do trabalho dos motoristas por meio do estudo de caso do Motorista Antônio, que presta serviços para a Uber. Posteriormente, realizou um cotejo dos dados empíricos encontrados com as teorias de poder inteligente e gamificação (Han, 2018), que se articulam com as noções de universalização da subordinação (Porto, 2009) e de subordinação telemática (Carelli, 2017), para possibilitar a verificação do quanto de autonomia resta aos trabalhadores por plataforma, em especial o motorista da Uber, Antônio.

Considerando essa nova realidade que se impõe como desafio ao direito do trabalho, o contexto de desregulamentação específica e de ausência de uma jurisprudência pacífica sobre essa nova forma de organização laboral, é de suma importância que alternativas protetivas aos trabalhadores, consoantes com a realidade, sejam propostas. A partir desse tipo de iniciativa, o fim último do Direito Laboral, a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, será resguardado (Plá Rodrigues, 2015, p. 89-106).

2 | O MOTORISTA ANTÔNIO

O motorista Antônio¹ foi selecionado pela acessibilidade, a qual permitiu a coleta de dados a partir de entrevistas semiestruturadas, bem como do aplicativo do celular e do site disponibilizados pela Uber pelo login desse usuário.

Durante a realização da entrevista formal, com gravação e questionário semiestruturado², observou-se que o entrevistado ficou mais fechado do que em conversas informais, obtendo-se respostas mais diretas e sem muitas observações sobre a forma de prestação do serviço.

O estudo se iniciou desde o momento em que Antônio decidiu prestar efetivamente o serviço de motorista pela plataforma Uber, sem que houvesse nenhuma interferência nessa decisão. Ele informou que os motivos para buscar esse tipo de trabalho foram os relatos de pessoas próximas falando que ganhavam um bom dinheiro trabalhando poucas horas.

Antônio possui 59 anos, é morador da zona oeste, aposentado, autoidentificado

¹ Esse nome foi utilizado para respeitar a privacidade do motorista e manter seu anonimato.

² Realizada após 1 mês de serviço na Uber em 2019.

como pardo, com ensino superior completo, casado. Ele começou a trabalhar na plataforma há cerca de um mês, com o objetivo de complementar sua renda e ocupar o seu tempo.

2.1 A prestação dos serviços de motorista

Ao ser perguntado sobre o serviço realizado, Antônio se intitulou como profissional liberal. Em suas palavras, “sou profissional liberal... porque não tenho uma atividade certa, (...) hoje eu trabalho como motorista da Uber, autônomo.”

Como investimento inicial, Antônio financiou um carro novo para possibilitar o trabalho no Uber Black, categoria premium da Uber, que exige carros mais confortáveis e que, a princípio, proporciona maior retorno financeiro.

“O Uber Black, a primeira opção de viagem que criamos, oferece uma experiência de alto nível para o usuário da Uber. **E para você, motorista parceiro, o potencial de ganhos é maior** ao optar por receber solicitações de viagens tanto do Black, quanto de outros produtos (grifo nosso)”. (Uber, 2019)

Segundo Antônio, há diferença entre as exigências de um motorista do Uber X e do Uber Black. Pela análise do site da Uber, as exigências para o veículo se habilitar no Uber Black são realmente mais rigorosas. As características exigidas são um carro com “4 portas e 5 lugares, ar condicionado, bancos de couro, veículos SEDAN e SUV da cor preta.” Também há uma lista de modelos dos veículos específicos aceitos para esse tipo de serviço.

Segundo Antônio, a soma do gasto inicial com a compra do carro novo e o pagamento do seguro totaliza a dívida mensal de R\$2.500,00.

Para realizar o cadastro no aplicativo, Antônio disse que compareceu à sede da Uber apenas para tirar suas dúvidas e que todo o cadastro é feito pelo próprio aplicativo.

“A, o registro, a sim... você preenche um formulário dentro do aplicativo e lá você coloca seus documentos pessoais... Você coloca habilitação, endereço, dados pessoais... e do carro você manda uma foto do documento do carro, nada mais.” (Antônio)

No início desse registro, há sugestões do aplicativo sobre como o motorista deve realizar seu serviço. Segundo Antônio, “tem o aplicativo que te dá orientação. São três etapas da orientação, como se comportar como motorista perante o passageiro... são dados básicos pra ser um bom motorista.” Nessa linha, se o “parceiro” não seguir as orientações é excluído da plataforma.

“...se você não seguir você tá fora, você é desclassificado, te cortam você da Uber... através das reclamações dos passageiros, eles registram...se tiver um atuação ruim, uma má atuação, automaticamente você tem um ponto, você tem uma classificação né... O passageiro ele classifica você através do aplicativo, então ele te dá uma nota, então através dessa nota você vai até cinco... **e se você tiver uma nota abaixo de cinco você tem uma rejeição.** O passageiro também olha a tua classificação de estrela e se você tiver o

percentual muito baixo, pelo carro que eu me classifiquei pra dirigir, que é o Black e o Select, você precisa ter uma boa classificação, se não os próprios passageiros não pegam você. Então você... consequentemente, você não faz, você não bate a sua meta. Então quer dizer... **tudo tem um contexto né, é um conjunto de coisas pra você ser um bom motorista.**" (Antônio)

Perguntado se existia algum termo para ser assinado, ele afirmou que não, apesar de ter que aceitar os termos de uso do aplicativo após o cadastro. Ao analisar o cadastro desse parceiro no site, verificou-se que a Uber possui o registro das seguintes informações: nome completo, carteira nacional de habilitação, foto de perfil (com recomendações de como deve ser tirada), veículo utilizado com modelo, ano, Certificado de Licenciamento de Veículo e placa, e-mail, telefone e dados bancários.

Quanto à forma de pagamento padrão, a Uber realiza depósitos dos ganhos semanais de Antônio ao fim da semana, que foi identificado como o modelo de pagamento padrão. Há também a faculdade de escolher o FlexPay, em que o motorista pode retirar seus ganhos diários mediante o preenchimento de certos requisitos, como ter trabalhado ao menos duas semanas na plataforma.

No que diz respeito à jornada de trabalho, inicialmente Antônio planejou trabalhar de 5 às 14 horas (9 h/dia), de segunda à sexta, com uma meta de ganho mensal de seis mil reais. Após um mês de trabalho, Antônio afirmou que não pode trabalhar apenas esse período, porque tem uma meta para atingir.

Por isso, trabalha atualmente em torno das 5 às 18 horas (13 h/dia), ou até 22 horas (17 h/dia), de segunda a sexta, em busca de alcançar sua meta diária mínima de duzentos reais, que totaliza quatro mil reais mensais. Além disso, afirmou que possui a meta média de duzentos e cinquenta reais e o que vier a mais é vantajoso para ele.

Sobre intervalo para descanso e alimentação, Antônio afirmou no momento em que sente fome, ele come perto do local em que está com o carro, não possuindo nenhum lugar determinado para comer. Seu gasto com a refeição é de, em média, vinte reais por dia. Além disso, relatou que considera já estar descansando quando coloca gás no carro, momento em que aproveita para ir ao banheiro, ou quando não está com um cliente.

Os ganhos efetivos do mês analisado foram de cerca de quatro mil e novecentos reais. Descontados os gastos mensais fixos de quatro mil e quinhentos reais, incluindo os oitenta reais gastos diariamente com combustível, segundo as informações apuradas, o lucro total do último mês trabalhado equivale a quatrocentos reais.

Contabilidade de Antônio				
Despesas fixas mensais	Financiamento e seguro do veículo	R\$ 2.500,00	Balanço patrimonial	
	Combustível	R\$ 1.600,00		
	Alimentação	R\$ 400,00		
	Total	R\$ 4.500,00		
Meta mensal mínima (R\$200/dia)	R\$ 4.000,00	-R\$ 500,00		
Meta mensal média (R\$250/dia)	R\$ 5.000,00	R\$ 500,00		
Valor total recebido no último mês	R\$ 4.900,00	R\$ 400,00		

Figura 1

Contabilidade de Antônio

Verificou-se, pelo acesso à plataforma do motorista, que a Uber registra todas as viagens realizadas por meio de seu algoritmo com a especificação detalhada das seguintes informações: nome, telefone e e-mail do motorista, data, hora, ID de viagem, tipo (Uber X, Select ou Black), preço base, distância, tempo, complemento de preço mínimo, cancelamento, valor extra deixado pelo usuário, preço dinâmico e o total pago pela viagem. É possível baixar esses relatórios detalhados para cada semana trabalhada pelo motorista.

Ressalte-se que os valores a que o motorista tem acesso representa o valor que ele recebe pela prestação do serviço já descontada a taxa da Uber. Ao acessar esse painel de informações a Uber veiculou a informação de que os preços estavam mais simples, pois agora o motorista não precisaria descontar a referida taxa, tendo acesso direto ao que irá receber.

“Ganhos mais fáceis de entender

Você vai ver os valores que ganhou por cada minuto e por cada quilômetro que dirigiu. Não precisa mais subtrair a taxa de serviço da Uber para saber quanto você ganhou. Os preços são baseados na sua data de ativação na Uber.” (Uber, 2019)

Tal sistema parece ter sido implementado recentemente pela referência a expressão “não precisar mais subtrair a taxa de serviço”. Se, por um lado, a expressão direta do valor semanal recebido facilita o acesso do motorista a seus ganhos, por outro lado, distancia o motorista do sistema de cobrança praticado entre a Uber e os passageiros, dificultando o acesso do motorista ao valor que a Uber cobra pelas corridas. Reduz-se, assim, a transparência entre a Uber e os motoristas. Consequentemente, diminui a possibilidade de os “parceiros” reivindicarem a diminuição dessa cobrança, uma vez que não acompanham

qual é o montante esse valor diariamente.



Figura 2

Fonte: (Uber preços: 2019).

Tarifas definidas pela Uber no Município do Rio de Janeiro			
Tipo de serviço	Uber X		Uber Black
	Área verde	Área azul	
Preço Base	1,50	1,50	3,20
Preço por Km	1,50	1,20	1,84
Preço por minuto	0,1125	0,1125	0,184
Mínimo de ganhos de viagem	6,18	6,18	7,80
Taxa padrão	pelo motorista	3,75	3,75
cancelamento	pelo cliente	1,50	1,50
	Variação da taxa	1,05	1,05
de cancelamento	por km	1,05	1,84
	por minuto	0,1125	0,184

*Valores em reais

Figura 3

Fonte: (Uber preços: 2019)

No serviço Uber X, verificou-se que o valor do serviço pago ao motorista é diferenciado de acordo com a área. Há duas áreas no município do Rio de Janeiro. A primeira área, demarcada em verde, engloba Recreio dos Bandeirantes, Vargem Grande, Barra da Tijuca, Zona Sul, Centro e Tijuca. A segunda área, em azul, engloba os demais territórios do município.

A principal diferença existente entre tais áreas é a cobrança diferenciada do preço por quilômetro, que é equivalente a R\$1,20 (área verde) e a R\$1,05 (área azul). Os demais preços fixados, quais sejam, o preço base (R\$1,50), o preço por minuto (R\$0,1125) e o mínimo de ganhos de viagem (R\$6,18) permanecem os mesmos.

Existe ainda a taxa de cancelamento, que possui uma parte fixa e uma parte variável. A parte fixa, denominada de “taxa padrão de cancelamento” é de R\$3,75 para o motorista e de R\$1,50 para o usuário. A parte variável é determinada pelos valores de R\$1,05 por quilômetro e R\$0,1125 por minuto.

No Uber Black não há divisão de áreas dentro do município do Rio de Janeiro. Por essa razão, todas as viagens realizadas nessa espécie possuem a mesma especificação: o preço base da viagem é de R\$3,20, ao qual se somam o preço por quilômetro (R\$1,84) e por minuto (R\$0,184). O mínimo cobrado para a viagem nesse serviço é de R\$7,80.

Quanto à taxa de cancelamento, também há cobrança acima da definida no Uber X. A parte fixa cobrada, ou seja, a “taxa padrão de cancelamento”, é de R\$ 4,80 para o motorista e de R\$2,40 para o usuário. A parte variável é de R\$1,84 por quilômetro e de R\$0,184 por minuto.

Ressalte-se que “a taxa da Uber também é aplicada na taxa de cancelamento.” Ou seja, a Uber também se apropria de uma parcela dessa cobrança. Pela explicação contida no site Uber, foi explicitado que uma fração da taxa de cancelamento do usuário é destinada ao motorista, para compensar o início do deslocamento para o local em que o usuário se encontrava. Entretanto, a destinação da taxa de cancelamento paga pelo motorista não foi esclarecida.

“Taxa de serviço da Uber

Será cobrado de você a taxa de serviço da Uber por cada viagem. O valor está disponível em uber.com/cities. A Uber vai cobrar esse valor dos usuários em seu nome.

Os preços mostrados aqui podem não se aplicar a tipos de viagem excluídos, como viagens com preço fixo no aeroporto e viagens com preço mínimo. Consulte o Anexo dos Termos financeiros para mais informações.” (Uber, 2019)

“Aviso legal

A Uber reserva-se o direito de reter, debitar ou reduzir pagamentos de taxas caso haja prova ou suspeita de erro, fraude, atividade ilegal ou violação dos termos do motorista. Todas as taxas de cancelamento são pagas conforme a nossa Política de cancelamento.” (Uber, 2019)

Por meio desses dados, fica evidente que o motorista não tem qualquer influência sobre a definição do valor do seu serviço, nem tampouco acesso transparente ao valor recebido pela Uber em cada corrida. Ademais, a taxa de cancelamento nas duas espécies de serviço é superior para o motorista do que para o usuário. Somado a isso, há repasse da taxa de cancelamento do usuário para o motorista. Entretanto, a taxa de cancelamento do motorista, a princípio, fica exclusivamente com a Uber, tendo em vista que não foi disponibilizada nenhuma informação de destinação diversa.

Essas informações esclarecem que a taxa de cancelamento do motorista tem caráter sancionatório. Configura-se, por conseguinte, como um meio de controle sobre a

execução dos serviços, desestimulando o cancelamento da corrida pelo motorista, caso contrário são realizados descontos pecuniários sem limitações. Tal sanção se equivale aos *sticks*, mecanismo de punição utilizado para controlar o trabalho, em contraposição com os *carrots*, recompensas dadas para estimular a produção.

"A subordinação dos dirigidos aos dirigentes cede à ideia do controle por “**stick**” (porrete) e “**carrots**” (premiação). Aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios; aqueles que não se adaptarem aos comandos e objetivos, são cortados ou punidos." (Carelli, 2017, p. 141)

Na interface dos ganhos semanais da plataforma, ainda é possível verificar o total de horas que o parceiro esteve online durante a semana selecionada, sendo possível acessar todas as semanas desde o início do cadastro. No caso de Antônio, verificou-se que o trabalho foi se intensificando, sendo a última jornada semanal superior em cerca de 20 horas de trabalho se comparada com a primeira semana trabalhada. A média da jornada semanal de trabalho foi de cerca de 53 horas.

O aplicativo para o motorista ainda possui um sistema de mensagens pelo qual a Uber encaminha promoções, informações sobre número de viagens alcançadas, bem como diversas “dicas” de como o serviço deve ser prestado. Foram verificadas em torno de 20 dicas para o motorista que está em seus “primeiros dias com a Uber”.

Dentre as recomendações contidas nessas dicas, houve sugestões de como o motorista deve se comportar em casos de imprevistos e de emergência, como agir em caso de objetos esquecidos no carro e evitar se deslocar em viagens para não gastar combustível, por exemplo.

Houve ainda o direcionamento dos horários em que o motorista deve dirigir para aumentar seus ganhos, bem como o incentivo ao planejamento semanal das metas e horários para prestar o serviço, sob o título de “Dicas de ganhos”. Além disso, a Uber estimula a continuidade do trabalho mesmo após a meta ter sido alcançada.

“Aproveite os melhores horários. Durante a semana, três horários costumam rechear o seu bolso: 6h às 9h; 11h às 14h; 18h às 22h. Quer outra dica? Seu app pode tocar ainda mais vezes no fim de semana." (Uber, 2019)

“Faça seu planejamento semanal. Coloque objetivos para você e cumpra eles. Lembre-se de colocar valores diferentes para os diferentes dias da semana. Por exemplo: Sábados e Domingos, como são dias de maior movimento, considere colocar valores maiores. Quarta e terça com valores menores. Alcançou seus objetivos muito rápido? Aproveite o dia de movimento para fazer mais viagens :D" (Uber, 2019)

A Uber também incentiva o cumprimento de jornadas por meio de “promoções”. Dentre as promoções acessadas, verificou-se a definição de faixas de horário para trabalho com retorno definido de cento e sessenta reais. Para receber o referido valor, é necessário aceitar no mínimo 80% das viagens, completar duas ou mais viagens por hora online e ficar

três horas online dentro da faixa horária determinada, consecutivas ou não.

Verificou-se, ainda, a “promoção” de multiplicação dos ganhos em regiões ou horários específicos pré-determinados e o “desafio” de cumprir o objetivo de determinadas promoções para ganhar um valor extra, como por exemplo, segundo a própria Uber, completar um número determinado de viagens em quatorze dias para ganhar cento e cinquenta reais.

A linguagem utilizada nessas mensagens, como os termos “promoções”, “desafios”, bem como o uso de desenhos animados, tem promovido a aproximação da plataforma de serviços com um jogo. Nesse processo, busca-se transformar a interação do “parceiro” com a plataforma de prestação do serviço em um verdadeiro *game*, promovendo a gamificação do trabalho, tal como Byung-Chul Han (p.69, 2018) destaca, caracterizada pela “sensação de realização e do sistema de recompensas”, “o jogo gera mais desempenho e rendimento” uma vez que se utiliza das emoções do trabalhador/jogador para incentivar sua maior produtividade.

Lucre mais no dia a dia. Ganhar mais significa economizar mais e dirigir com inteligência. Assim como em um jogo, você pode usar boas estratégias para faturar mais de um jeito simples. Quer saber como? Siga as dicas compartilhadas pelos motoristas 5 estrelas” (Uber, 2019)

A Uber inclusive disponibilizou um jogo por meio das mensagens do aplicativo para que o motorista aprendesse como ser um parceiro cinco estrelas. “E se tivesse um jogo inspirado nas dicas dos motoristas mais bem avaliados? Bom, ele existe e você pode jogar agora mesmo. Quer aumentar sua nota de um jeito leve? Afinal, quem quer ser motorista parceiro 5 estrelas não brinca, se diverte.”

Ainda por meio das mensagens no aplicativo, o motorista foi informado que todas as viagens realizadas ficam “registradas em um sistema superseguro que permite à Uber saber quando você faz viagens, onde foi e quem fez a solicitação. Isso garante mais segurança para todos e ainda dá melhores condições de avaliar possíveis reclamações”.

Outra informação obtida por esse meio foi a recomendação de que o motorista deve utilizar o GPS do aplicativo. A mensagem está entre as dicas para os iniciantes, contendo a seguinte mensagem: “Siga as dicas. Como usar o GPS do melhor jeito? Qual trajeto você deve seguir? Dirigir com a Uber é simples, mas conhecendo as dicas de navegação fica ainda mais fácil. Vamos? Assista ao vídeo e dirija com confiança.”

Em seguida há a disponibilização do vídeo com as recomendações. Dentre as informações obtidas, verificou-se a alegação de que o motorista está livre para seguir ou não a rota do GPS e, em seguida, a observação de que “os usuários se sentem mais seguros quando os motoristas parceiros seguem a rota indicada, exceto quando eles mesmos pedem para seguir algum trajeto específico.”

Na mesma mensagem, ainda foi reforçada a ideia de que a Uber é “uma empresa de tecnologia que tem o seu sotaque, que ajuda você a ser dono do seu próprio destino e que

permite as pessoas se locomoverem pelas cidades como e onde quiserem.” A mensagem ainda continha informações sobre como o motorista deve agir para evitar fraudes e preocupações.

Tais dados evidenciam grande contradição no discurso da Uber: a princípio, o motorista é livre para seguir seu destino, mas, ao mesmo tempo, a Uber reforça por meio das mensagens e dos vídeos que para ser um bom motorista e, consequentemente, ter uma boa avaliação, é necessário seguir o trajeto pré-determinado pela plataforma.

Ainda há vídeos contendo dicas sobre (i) o que fazer para receber o pagamento, (ii) atendimento 5 estrelas, (iii) condições do carro (limpeza e odor), (iv) “como funciona a média de avaliações”, (v)“como agir em situações delicadas”, (vi) embarque e desembarque, (vii) navegação e (viii) como ser um motorista 5 estrelas. Foi apurada a existência de 8 vídeos disponibilizados na caixa de entrada do motorista, com em média quatro minutos e meio cada, contendo recomendações sobre a prestação do serviço.

Verificou-se, ainda, a utilização de expressões como “dicas dos parceiros mais experientes sobre o assunto” e “confira o que os motoristas parceiros 5 estrelas fazem”, recurso linguístico utilizado para reforçar a necessidade de seguir aquele modo de prestar o serviço. Nesse sentido, as chamadas “recomendações” se transformam em verdadeiras obrigações dos motoristas, tendo em vista a existência do sistema de avaliação dos clientes em cada viagem realizada.

Na interface do aplicativo ficam disponíveis as avaliações dos passageiros a respeito dos seguintes temas: (i) respeitoso, (ii) muito simpático, (iii) cuidadoso no trânsito, (iv) boa rota, (v) ótimo papo, (vi) carro limpo e (vii) atendimento. Tal divisão temática foi definida pela Uber e também é responsável por dirigir o modo de prestação de serviços, uma vez que leva o “parceiro” a prestar atenção exatamente nessas questões enquanto executa o serviço.

A Uber recomendou, ainda, aparelhos celulares para o parceiro. Uma das mensagens para iniciantes continha uma lista de aparelhos “para facilitar o dia a dia”.

A referida sociedade empresária também divulgou por meio das mensagens na caixa de entrada do aplicativo a sua Política de Tolerância Zero sobre violência e discriminação, bem como a existência de um Código de Conduta.

Por esse mesmo meio, foi apurada a existência de incentivos por parte da Uber para a realização de viagens de longa distância. Sob o título “dicas semanais”, o motorista Antônio recebeu a mensagem “você não pode perder tempo e aumentar seus ganhos”, acompanhada de mais detalhes sobre os acréscimos de trinta centavos por quilômetro recebidos em viagens com distância superior a vinte quilômetros.

Ademais, foi identificada uma organização interna da Uber quanto a viagens realizadas no aeroporto Santos Dumont. Apenas motoristas que realizaram mais que 50 viagens e que possuem nota superior a 4.65 podem acessar o aeroporto. Além disso, a Uber incentiva que os motoristas realizem viagens de curta distância desse ponto de

partida, assegurando o lugar do motorista nessa fila.

3 I DISCUSSÃO TEÓRICA

Nesse contexto de inovação tecnológica do trabalho mediado por plataformas há uma disputa discursiva. Por um lado, as sociedades empresárias administradoras dos aplicativos difundem a ideia da plena autonomia dos “colaboradores”, tal como pode se verificar no site da Uber (Uber, 2019), plataforma que popularizou esse tipo de organização laboral, ou da Associação Brasileira Online to Offline³, que conta com a participação de representantes de plataformas de crowdwork, em que são conectados os consumidores e os prestadores dos serviços (Signes, p.28 a 43, 2017). Denominam-se como um marketplace, ou seja, um local que proporciona a comercialização de serviços, sem a interferência na sua prestação.

Parte da doutrina e da jurisprudência discorda com a autonomia alegada pelas administradoras das plataformas. Tal vertente considera que há sim a caracterização da relação de emprego, apesar de não existir a heterodireção patronal forte e constante cosubstanciada na figura pessoal de um gerente. Partindo do pressuposto de que o instituto jurídico emprego foi criado para assegurar direitos básicos aos trabalhadores, o seu conceito pode ser adequado às modificações da sociedade produtiva. Nesse contexto, Lorena Vasconcelos Porto propõe a ampliação das dimensões da subordinação. A limitação do conceito de subordinação a uma realidade que não é exclusiva no modelo produtivo capitalista atual, que adota meios de controle além da heterodireção patronal forte e constante, implicaria, inevitavelmente, a violação da “própria razão de ser (teleologia) do Direito do Trabalho: a proteção dos trabalhadores” (Porto, p. 45, 2009). Em consequência, todo o processo de democratização de direitos fundamentais laborais seria perdido, tendo em vista que restaria, apenas o exercício do poder patronal sem serem assegurados direitos mínimos aos trabalhadores subordinados por outros meios de controle.

O referido reducionismo também caracterizaria “clara violação ao princípio da isonomia, por se conferir um tratamento diferenciado a pessoas em condições equivalentes” (Porto, 2009, p. 45), uma vez que faticamente restaria configurada a relação de emprego (estando presentes todos os seus elementos determinados pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: (i) trabalho prestado por pessoa natural (ou física), (ii) com pessoalidade, (iii) de forma não eventual, (iv) onerosa e, por fim, (v) com subordinação), mas juridicamente ela não seria reconhecida como tal. Portanto, as garantias justrabalhistas não seriam asseguradas para todos os trabalhadores (Porto, 2009, p. 45, 51-59).

3 <https://o2obrasil.com.br/>

4 | QUAL GRAU DE AUTONOMIA RESTA AO MOTORISTA ANTÔNIO?

A Uber, como restou evidente, possui todos os registros da jornada de Antônio e, inclusive, incentiva que os motoristas realizem o trabalho habitualmente e em horários específicos. Considerando que os motoristas integram o padrão dos fins ordinários do empreendimento da Uber e a dinâmica regular da empresa, caracterizando-se a habitualidade (Delgado, 2017, p. 320), como também a possibilidade do controle da jornada demonstrada pela existência de registro de todas as corridas realizadas e do tempo em que o motorista ficou online na plataforma, não há razão para a ausência de limitação da duração do trabalho desse seguimento de trabalhadores.

Além disso, a Uber também controla o modo de execução do trabalho por meio das “dicas”, “promoções” e “desafios”, assim como pelo sistema de classificação pelas notas dos clientes e pela taxa de cancelamento do motorista. Dessa forma, fica evidenciado o seu controle diretivo por meio de “carrots” e “sticks”, demonstrando que não há plena autonomia desses trabalhadores (Carelli, 2017, p. 141).

Como a contraface desse poder, manifesta-se também a subordinação. Realizada sob uma nova técnica, *a programação por comandos*, a subordinação se configura a partir da programação, a qual é capaz de assinalar, ao trabalhador, como a prestação de serviço deve ser executada, conforme as necessidades detectadas pelo próprio programa (Carelli, 2017, p. 140). Dessa forma, os algoritmos, como uma receita culinária, determinam o passo a passo da resolução dos problemas que surgem durante a realização da prestação de serviços, apresentando-se como protocolo a ser cumprido pelo funcionário, sem que este possua autonomia decisiva (Carelli, 2017, p. 140).

Carelli (2017, p. 141) observa “uma contradição própria do novo modelo” de organização por comandos, asseverando que “ao mesmo tempo em que acena para a entrega de parcela de autonomia ao trabalhador, essa liberdade é impedida pela programação, pela só e mera existência do algoritmo”.

Essa releitura da subordinação é impositiva, em prol da universalização da subordinação (Porto, 2009, p. 267 e 268), pois apenas assim a missão do protetiva do direito do trabalho será cumprida. Indo ao encontro do que Plá Rodrigues (2015, p. 89-106) defende em relação à fundamentalidade do princípio da proteção no direito do trabalho, com o objetivo de defender os direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações laborais.

Verificou-se que, apesar de o trabalhador possuir alguma autonomia para determinar os horários em que trabalha, a linguagem utilizada pela plataforma da Uber incentiva a prestação do serviço sem o estabelecimento de nenhum limite de jornada. Além disso, como ficou claro, a autonomia quanto à determinação da jornada diária não é plena, uma vez que: (i) a própria Uber incentiva o estabelecimento de metas semanais e (ii) o trabalhador possui o mínimo diário que precisa receber para sobreviver, tal como Antônio retratou com sua meta de duzentos reais diários.

Por esse cenário, a autonomia existente para o trabalhador subordinado é o de parar de trabalhar quando atingir a meta. Entretanto, essa autonomia residual verificada é relativizada pela Uber, que incentiva o trabalhador a continuar o serviço após atingir a meta muito cedo. No fim das contas, qual autonomia o motorista Antônio possui?

Antônio se encontra dentro da ideia do empreendedor de si mesmo, decorrente do neoliberalismo, em que cada indivíduo é responsável por seu sucesso ou seu fracasso. Dessa forma, não consegue identificar a submissão a que está submetido e, por essa razão, se autointitula como autônomo. O que colabora para essa situação são a sutilidade e a faceta amigável do poder que é exercido pela Uber, o qual se baseia “na auto-organização e na otimização pessoal voluntárias” (Han, 2018, p. 9 a 28).

Nesse contexto, apesar de discursivamente o trabalhador ser autônomo (como defende a Uber), a realidade dos fatos se impõe. O trabalhador precisa viver, pagar as contas e se alimentar. Assim, a única escolha possível é vender sua mão de obra para se sustentar. Ligar o aplicativo ou não é, no fim das contas, a expressão do pouco de autonomia que resta ao trabalhador, assim como um trabalhador comum é “autônomo” ao escolher comparecer ou não à sede da empresa em que trabalha. No fim das contas, o que resta, na verdade, é uma autonomia ficta.

Nas relações tradicionais, o empregado possui um horário de trabalho determinado e o empregador, por meio do seu poder disciplinar, pode punir o trabalhador que falte ou se atrasse injustificadamente, podendo, no último caso, despedi-lo por justa causa (art. 482, e, CLT). Ocorre que a adoção do banco de horas (art. 59, §5º, CLT) também relativizou essa frequência e o trabalhador pode escolher chegar mais tarde e sair mais cedo, desde que compense nos outros dias o necessário para completar sua jornada, sendo-lhe delegada, portanto, uma parcela pequena de autonomia em determinar, dentro de certos parâmetros, o seu horário de trabalho. Nessa hipótese que já aponta maior flexibilização na prestação do serviço, o salário é pago por hora trabalhada.

No aplicativo, diferentemente, o salário é pago por produção. Logo, não há a fixação desde já de uma jornada de trabalho, o que é característico dessa modalidade. A remuneração é variável conforme a execução dos serviços. No caso do empregado vendedor que tem o salário baseado unicamente no número de vendas, por exemplo, no mês em que a produção não atinge o salário mínimo, há a garantia constitucional do seu pagamento (art. 7º, VII, CRFB).

Do mesmo modo, deveria ser assegurada a garantia do salário mínimo para os trabalhadores por aplicativo, pois a sua ausência faz com que o trabalhador fique sujeito unicamente ao impositivo fático da necessidade de trabalhar para alcançar a meta e pagar as contas no fim do mês.

A ausência dessa garantia também se articula com a ausência do limite de jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais fixadas constitucionalmente no artigo 7º, XIII. Isso ocorre porque, sob a necessidade de prover seu próprio sustento e sem

a garantia de um salário mínimo, os trabalhadores podem ultrapassar a jornada máxima constitucional.

O limite existente nas suas realidades é o mínimo a ser trabalhado para poder viver, não há máximo. A referida ausência de limites também é estimulada pela Uber, que induz o trabalhador a continuar trabalhando, mesmo após a sua meta, bem como pelo discurso *gamer*, que estimula as emoções para alcançar metas, adotado no aplicativo (Han, 2018, p. 69 a 75). Consequentemente, não há proteção de sua saúde física e mental, nem de sua segurança.

As normas internacionais do trabalho também ressaltam a importância da limitação da jornada de trabalho. O artigo 427 do Tratado de Versalhes, que possibilitou a criação da OIT, fixa “a adoção da jornada de 8 horas e semana de 48 horas como objetivo a alcançar”. Já a Convenção 155 da OIT estabelece, em seu artigo 4, 1, que os Estados membros devem realizar a revisão das políticas nacionais para assegurar a saúde e segurança dos trabalhadores.

Como foi visto, apesar de Antônio ser aposentado e utilizar a Uber para complementar sua renda, sua jornada semanal ultrapassa o estabelecido pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, totalizando 53 horas.

Considerando a tendência de avanço tecnológico e a propagação dessa nova técnica de organizar a mão de obra para outros ramos da economia além do de transportes, é impositiva a adoção de meios que assegurem direitos a essa nova categoria de trabalhadores.

A caracterização de um terceiro tipo de relação, menos protetivo, tal como os parassubordinados na Itália, como ficou demonstrado por Porto (2009, p. 104 a 199), promove a desproteção em vez da garantia dos direitos fundamentais, uma vez que reduz a noção de subordinação a sua dimensão clássica. Diminui-se, assim, todo o manto protetivo, construído doutrinaria e jurisprudencialmente, para a proteção do trabalho subordinado por outros meios.

Consequentemente, os trabalhadores antes enquadrados na relação de emprego pela subordinação objetiva (Porto, 2009, p. 67) ou telemática (Carelli, 2017, p. 140) são empurrados para o terceiro tipo, pois o poder diretivo é exercido nessas relações por meios indiretos, menos visíveis. Logo, para que fosse criado um conceito determinado de parassubordinação foi necessário que o conceito de subordinação retrocedesse para o clássico conceito de poder diretivo forte e constante, caso contrário a parassubordinação inexistiria por estar englobada no próprio conceito de subordinação (Porto, 2009, p. 124).

Dessa forma, um tipo intermediário não resolve adequadamente a situação da *zona grise*, pois o resultado alcançado não é a proteção. Descartando a adoção dessa alternativa, o meio de proteção isonômico seria a declaração da caracterização da relação de emprego ou a aplicação do regime de empregado por equivalência, tal como ocorre com o trabalhador avulso no Brasil e em algumas categorias na França (Porto, 2009, p. 110,

111). Dessa forma, o fim protetivo do direito do trabalho será viabilizado para essa nova categorial laboral.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou comprovado pela pesquisa empírica, o efeito da desregulamentação específica e a ausência de uma posição pacificada na jurisprudência sobre a caracterização ou não da relação de emprego entre os motoristas e a Uber tem efeitos perversos sobre a prestação dos serviços, uma vez que os “parceiros” não possuem as garantias constitucionais mínimas.

Antônio, que possui 59 anos, apesar de ser aposentado e realizar o serviço de motorista para complementar sua renda, realiza jornadas acima das 44 horas semanais fixadas na Constituição (art. 7º, XIII). Além disso, não possui a garantia do salário mínimo (art. 7º, VII, CRFB), o que reforça a sua tendência, incentivada pela Uber, de prestar o serviço sem limite de jornada até alcançar e ultrapassar a meta fixada. Contribuindo para ausência de garantias no exercício do trabalho, Antônio não possui descanso intrajornada e interjornada determinado, o que também não é incentivado em nenhum momento pela Uber.

A empresa, pelo contrário, por meio da gamificação da prestação dos serviços, utiliza-se de estímulos, promoções e notas para moldar e intensificar a produção do motorista, uma vez que induzem emoções positivas que atuam no nível pré-reflexivo da pisque (Han, 2018, p. 23 a 27). Ademais, a plataforma controla a execução do serviço por meio amigável das sugestões dos motoristas 5 estrelas, vídeos de como se tornar um dos motoristas mais bem avaliados, ou seja, utilizando-se de uma linguagem sugestiva e sutil, em que o poder diretivo se invisibiliza para o motorista. Esse é o exercício do poder inteligente que se torna imperceptível para o subordinado, o qual é incentivado a se auto-organizar e aumentar sua produção “voluntariamente” (Han, 2018, 23 a 27).

Sob o manto da sutileza, o poder é muito mais eficiente, pois dá a sensação de liberdade (Han, 2018, p. 27). Apesar dessa sensação, a subordinação telemática está presente, em razão dos comandos dos algoritmos que controlam sobremaneira a execução dos serviços (Carelli, 2017, p. 140). Nesse contexto, há uma margem de autonomia muito pequena em ligar ou não o aplicativo, tal como um empregado de uma empresa pode comparecer ou não à sede da sua empresa para trabalhar.

É, portanto, urgente a necessidade de serem reguladas essas novas modalidades de trabalho em crowdwork offline e específico (Signes, p.28 a 43, 2017), que se multiplicam cada dia mais. À primeira vista, a parassubordinação pode parecer resolver o problema, entretanto, gera a ausência de isonomia ao conceder proteções distintas a indivíduos em igual situação de subordinação (Porto, 2009, p. 267). Por essa razão, as alternativas protetivas plausíveis são o reconhecimento da configuração da relação de emprego

por meio da universalização da subordinação, que se configura nesse caso por meio da programação (subordinação telemática), ou a equiparação desse tipo de serviço ao empregado, tal como ocorre com o avulso no Brasil e outras categorias na França.

REFERÊNCIAS

CARELLI, Rodrigo de Lacerda de. O Caso Uber e o Controle por programação: de carona para o Século XIX. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.) *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017. p. 130- 146.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica, um estudo de complexo petroquímico da Bahia*. São Paulo: Boimtempo, 1999.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradutor: Mauricio Liesen. Belo Horizonte: Ayine: 2018.

PORTE, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

SIGNES, Adrian Todolí. *O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho*. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.) *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017. p. 28 a 43.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho: fac-similada*. São Paulo, Ltr, 2015.

Requisitos para os motoristas parceiros: Como dirigir com a Uber. *Em*: Uber. Disponível em: <[Uber Preços. *Em*: Uber. Disponível em: <<https://partners.uber.com/p3/payments/fares>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.](https://www.uber.com/br/pt-br/drive/requirements/?_ga=2.10496690.724237366.1566663189-2024061583.1566663189&state=Nh-hB0nRmBETQw8i2zd8xqC92h_EWdysZ79snqygFgI%3D&_csid=5H77JE3jr3a0eepbjdA7XA#_>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.</p></div><div data-bbox=)

Uber Ajuda. *Em*: Uber. Disponível em <<https://help.uber.com/partners/article/como-as-taxas-de-cancelamento-de-usu%C3%A1rio-s%C3%A3o-cobradas?nodeId=eebc0564-5228-4d70-997c-0fe63f0753c2>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.

Uber Ganhos de parceiro. *Em*: Uber. Disponível em <<https://partners.uber.com/p3/payments/weekly-earnings>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.

Uber Black. *Em*: Uber. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/uberblack/>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

CAPÍTULO 18

A APLICABILIDADE DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO TRABALHO

Data de aceite: 02/08/2021

Eduardo Eger

Acadêmico da 6^a fase, do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe Caçador - SC

Artigo Científico apresentado para obtenção de nota parcial a M2 – projeto integrador 6^º fase do curso de Direito, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe

RESUMO: O presente artigo versa acerca dos métodos alternativos de solução de conflitos e a arbitragem no direito do trabalho e tem-se como objetivo geral da pesquisa o estudo dos meios cabíveis para resolução de conflito entre empregador e empregado, bem como uma compreensão a luz da Consolidação das Leis Trabalhistas. Para melhor compreensão, o artigo é dividido em três partes. Na primeira parte será analisado a relação entre empregador x empregado, vínculo contratual que pode acarretar litígios. Em um segundo momento, o presente trabalho abordará os meios de solução de conflitos, onde visa buscar uma solução fora do Poder Judiciário, por métodos que visam desafogar o Judiciário, solucionando o litígio. No terceiro ponto o foco é voltado especialmente a arbitragem, carro chefe na busca pela resolução de conflitos. O estudo faz uso da pesquisa utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas

Técnicas (ABNT).

PALAVRAS-CHAVE: Consolidação das Leis Trabalhistas, Conflito, Arbitragem.

ABSTRACT: This article deals with alternative methods of conflict resolution and arbitration in labor law and the general objective of the research is the study of the appropriate means for resolving the conflict between employer and employee, as well as an understanding in the light of the Consolidation of Labor Laws. For better understanding, the article is divided into three parts. In the first part, the relationship between employer and employee will be analyzed, contractual relationship that may lead to disputes. In a second moment, the present work will address the means of conflict resolution, where it aims to seek a solution outside the judiciary, by methods that aim to relieve the judiciary, solving the dispute. In the third point the focus is especially focused on arbitration, chief car in the search for conflict resolution. The study makes use of the research using descriptive production and observing the Standardization of Academic Papers of the Alto Vale Do Rio do Peixe University (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

KEYWORDS: Consolidation of Labor Laws, Conflict, Arbitration.

11 INTRODUÇÃO

Atualmente o Poder Judiciário encontra-se esgotado, não é possível mais tapar com uma peneira sinais de uma grave crise, haja visto sua demanda elevada a soluções de conflitos,

transpondo uma visão de um sistema falho, comprometendo em si as bases da atual democracia.

Em épocas de crises no judiciário, assim como as demais áreas, surgem rotas com o mesmo propósito desafocando a base afetada. Ao se tratar de soluções de conflitos, desafocamento do judiciário, encontramos no meio jurídico alguns meio alternativos, que começaram a ganhar maior importância nos últimos tempos.

Das resoluções alternativas, sendo elas: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem, ambas traçam uma rota em busca da solução do litígio. Na negociação, esclarecendo os olhares, basicamente é o ato de negociar, ela, é uma forma de resolução de conflitos em que você pode participar ativamente inclusive no resultado final, quando por exemplo você pode negar, dizer não, eu agradeço mas esta proposta não me favorece, ou seja, é diferente de outras formas de resolução de conflitos impositivas, ambas as partes buscam maneiras de resolver o problema na base do consenso.

A conciliação visa ter uma pessoa imparcial, esta pessoa atua como um intermediário e virtuosamente favorece o diálogo, apresentando ideias para resolução, atuando sempre de forma ativa, busca soluções para resolver o conflito e formula propostas, encontramos mais casos nesta categoria, justamente no Direito do Trabalho.

Já o método da mediação as partes aproximam-se por meio de um intermediador, onde são feitas perguntas as partes, nunca expondo opinião ou buscando propor algo, pois já existe uma relação pessoal. Na mediação podemos compreendê-la ainda em Extrajudicial e Judicial. É importante deixar claro que encontramos 2 (duas) formas de mediação, e são elas a Mediação Judicial e a Mediação Extrajudicial. A mediação é usada em conflitos multidimensionais ou complexos, onde uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, quer dizer, um procedimento estruturado, sem prazo definido, pois pode terminar ou não em acordo.

Com a reforma trabalhista passa a ser previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas a arbitragem como forma de solução de conflitos com fulcro no art. 507-A da Lei 13.467/2017.

2 | CONFLITO ENTRE EMPREGADOR X EMPREGADO

Para que seja possível abordar esse assunto, é necessário fazer uma diferenciação entre empregado e empregador, que está descrita conforme a CLT.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Neste mesmo sentido:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Sendo assim pode-se diferenciar as duas funções, e entender que ambas as funções são importantes para o andamento de qualquer empresa independente do seu tamanho ou dimensão. É importante distinguir para entender a incumbência de cada um e assim apreciar o laço de união entre os dois para o bom andamento do negócio.

A nova CLT passou a vigorar em novembro de 2017 depois de realizada a mais profunda alteração na história, que foi chamada de Reforma Trabalhista e que mudou sensivelmente o funcionamento do direito do trabalho. A Reforma passou a autorizar, por exemplo, a resolução do conflito fora do Poder Judiciário. Até então, o acordo só podia ser realizado nas reclamações trabalhistas que já existiam. O entendimento amigável tinha que ser alcançado apenas e tão somente durante o processo judicial. (ANAMATRA, 2019)

3 I OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Graças ao que foi mencionado anteriormente, é possível chegarmos ao consenso de que devemos encontrar maneiras alternativas para resolver os conflitos e não aumentar a demanda do poder judiciário, e nessas soluções podemos encontrar a: Negociação, a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem. A negociação nada mais é que o ato de negociar, e não tem conceito pré-estabelecido em sua aplicabilidade. Já a mediação é um método alternativo de solução de conflitos onde busca solucionar litígios, onde mediador irá aproximar as partes fazendo perguntas, mas nunca dando opiniões ou fazendo propostas, pois já existe uma relação pessoal (continuada). É necessário frisar, que existe mais de uma modalidade de mediação e diferenciam-se em Judicial e Extrajudicial.

Existem algumas diferenças entre conciliação e mediação, na primeira forma, existe um conciliador que busca uma forma de acordar a situação e assim colocar um ponto final na lide, já a segunda modalidade de solução de conflitos existe um especialista, o árbitro, o mesmo julga o caso em um tribunal arbitral, e encontra a solução do conflito, sem a participação das partes.

4 I DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO

A negociação coletiva deslumbra-se como um procedimento de resolução de conflitos, estes essenciais para uma estabilização das relações de trabalho. Permite consigo uma flexibilização e adaptação dos direitos previstos em lei, por sua vez proporcionando a manutenção da paz social, por meio do entendimento entre as partes. (CONCEIÇÃO; PORTELA; SILVA; COSTA, 2019)

É de suma importância mencionar que a negociação coletiva é regida por alguns princípios, os quais se destacam: da boa-fé; da razoabilidade; da igualdade; do direito de informação. Nesse mesmo sentido, entende-se que a negociação coletiva é um dos principais instrumentos utilizados pelo empregador e empregado, que tem por objetivo a superação

de conflitos, a regulação das relações de trabalho, a celebração de contratos coletivos, convenções coletivas ou acordos coletivos, em que serão fixados os parâmetros do trabalho. (RODRIGUES *apud* CONCEIÇÃO; PORTELA; SILVA; COSTA, 2019)

Contudo, cabe o entendimento que quando bem sucedida a negociação coletiva, constitui condições benéficas para as partes negociantes, sem haver a necessidade de uma intervenção jurisdicional, presando pela solução pacífica sem contar do intuito de desafogar o judiciário.

5 I DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

É de conhecimento popular, que um dos maiores conflitos existentes desde os primórdios é o de empregador x empregado. A finalidade da mediação é aproximar novamente ambas as partes, e permitir além da solução deste desacordo, a reestruturação do vínculo que existia antes da divergência. O sucesso dessa forma de resolução de problemas está justo nas partes, existe uma satisfação grande pós resolução da lide pois as próprias partes são as que encontram uma solução, portanto não existe ganhadores ou perdedores, e sim duas partes satisfeitas depois do conflito ter se encerrado.

A mudança trazida pela CLT foi uma grande conquista, pois assim a justiça de certa forma conseguiu incentivar uma maneira diferente da convencional de buscar as resoluções, aumentando assim a celeridade processual e facilitando o acesso ao direito, visto que as mediações podem ser realizadas de forma online. O processo se tornou bem mais simples, porém continuou oficial, pois mantém-se obrigatória a participação da justiça, só que as partes já se resolveram e só querem homologar o resultado, tendo assim o reconhecimento do acordo.

Nesse método as partes conseguem chegar ao acordo sem todo o procedimento que estamos acostumados a ver ou presenciar, as partes se sentem participativas, pois podem discutir tanto entre eles como com o advogado e tendo ainda a participação do mediador, para assim conseguirem chegar ao consenso agradável para ambos os participantes do processo.

Dante de todos os pontos expostos acima, não resta dúvida de que o instituto da mediação como meio de solução de conflitos nas relações de trabalho possui inúmeros benefícios para todas as partes envolvidas, além de diminuir o volume alarmante de processos impetrados perante à Justiça do Trabalho. De nada adianta a persistência da problematização e das reclamações dos brasileiros em relação à mora do processo perante o Judiciário - tendo em vista a centralização dos litígios perante os órgãos julgadores - sem que tentem solucionar conflitos através de formas alternativas legalmente previstas e eficazes. Portanto, cabe aos juristas e advogados trabalhistas intensificarem a conscientização de seus clientes quanto aos benefícios da mediação trabalhista, dentro dos ditames éticos e legais, bem como cabe ao Judiciário incentivar a realização desta prática. (SECURATO, 2019)

A mediação vem se desenvolvendo e progredindo muito rápido ao redor do mundo,

enquanto Brasil é freada, baseado no medo de algo novo na justiça brasileira e principalmente pelo desconhecimento do método aplicado no restante dos países, este recurso comprova diariamente uma eficácia enorme, causando um impacto gigantesco principalmente em um país que a justiça é tão morosa, tendo em vista que um de seus objetivos é descongestionar o judiciário comum.

O direito do trabalho gera muitas dúvidas quanto à aplicação do instituto da mediação, por se tratar, em sua maioria, de direitos indisponíveis porem, serão demonstrados que vários aspectos da relação trabalhista podem ser objeto de acordo e numa eventual controvérsia, a mediação pode e deve ser utilizada como forma de solucionar o combate, evitando gastos desnecessários para o empregador que geraria impacto financeiro no âmbito econômico da empresa, gerando um desgaste na relação pessoal de trabalho, afinal, mesmo em se tratando de um conflito de uma pessoa física (trabalhador) com a pessoa jurídica (empresa) as relações é entre seres humanos de um lado representando um interesse pessoal, e do outro lado representando um interesse de uma instituição. (NORMANDO, 2020)

6 I DA CONCILIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Ao focalizar para a Conciliação, cabe saber, que é uma forma de resolução de conflitos na qual um conciliador com autoridade ou indicado pelas partes, busca aproximar as, compreender e ajudar nas possíveis negociações, no intuito de resolver, sugerir, indicar propostas ao mesmo tempo que aponta as falhas, vantagens e desvantagens fazendo jus à composição.(MINGHINI; LIGERO)

A conciliação trabalhista ocorre através de uma audiência de julgamento onde o Juiz tentará a conciliação. A proposta será feita novamente assim que terminada a instrução, caso a conciliação não tenha sido bem sucedida no primeiro momento. Dispõe os artigos 846 e 850 da Consolidação das Leis Trabalhistas, quanto ao procedimento da conciliação.

Com a reforma trabalhista de 2017, instituída pela Lei 13.467/17, segundo Athena Bastos, também impactou o instituto da conciliação trabalhista. O art. 855-B, incluso, dispôs acerca da homologação de acordo extrajudicial. (BASTOS, 2018)

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Logo, portanto, a conciliação extrajudicial poderá ser homologada em juízo. Haja visto que em muitos casos, em se tratar de Direito do Trabalho, são marcados por uma relação de hipossuficiência do trabalhador. Por esta razão, há previsão neste mesmo dispositivo acerca da obrigatoriedade da assistência de advogado. (BASTOS, 2018)

A conciliação, apresenta por fim entre suas vantagens, mais certeza acerca das custas e dos valores que serão recebidos, além de gera maior satisfação e menor desgaste das partes envolvidas.

7 | DA ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

A Lei de Arbitragem é de fundamental importância para evitar litígios, que acumula os processos no Poder Judiciário Brasileiro. Por isso tudo é extremamente importante que as funções exercidas pelos juízes de primeira instância sejam valorizadas diante do poder judiciário brasileiro. A partir dessa introdução pode-se ir para a questão da "Arbitragem no Direito do Trabalho", baseando-se na doutrina, jurisprudência e na Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996), além da Lei nº 75/96 (BRASIL, 1996) e artigos científicos.

A Arbitragem no Direito do Trabalho está incialmente prevista na Constituição Federal Brasileira no artigo 114, §§ 1º e 2º (BRASIL, 1988), como forma alternativa de solução dos conflitos trabalhistas:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros;

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

De forma semelhante, está presente na Lei nº 75/93 no artigo 83, XI, que estabelece a possibilidade de arbitragem em dissídios coletivos.

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.

No entanto esse assunto possui divergências de opiniões tanto na doutrina quanto na jurisprudência, relacionado a não aceitação da arbitragem como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas, ou seja, da cláusula compromissória arbitral no direito do trabalho. Essa opinião é baseada de acordo com os seguintes argumentos: 1 - Acesso amplo e irrestrito do trabalhador ao Judiciário Trabalhista, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (BRASIL, 1988); 2 - Irrenunciabilidade do crédito trabalhista; 3 - Hipossuficiência do trabalhador e 4 - O estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste sua vontade ao aderir a uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral, entre outras justificativas.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) de acordo com decisões tem defendido a não aceitação da inserção das cláusulas compromissórias de arbitragem referentes aos contratos

individuais de trabalho, por permitir a forma de abusos e a própria imposição da vontade do contrato sobre o trabalhador que as vezes já se submete a apenas aceitar o ajuste proposto pelo empresário, consequentemente, por ele ser o detentor do capital e pretenso remunerador do trabalho a ser desempenhado. (MELO, 2019)

Assim, o Direito do Trabalho não se enquadra perfeitamente na previsão do art. 1º da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996) inicialmente referido:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Impossibilitada a arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos individuais de trabalho, consequentemente em tais casos, inequivocamente haveria a possibilidade do decreto judicial de nulidade de tal cláusula compromissória. (MELO,2019)

Um exemplo muito importante que serviu de embasamento para esse trabalho: O trabalhador recorreu ao 7º Tribunal Regional do Trabalho do Ceará que afastou a extinção do processo e determinou que os autos fossem julgados pela Vara do Trabalho. A empresa então recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) insistindo no fato de que a existência de cláusula compromissória no contrato de trabalho do ex empregado impedia o exame da demanda pelo Poder Judiciário. Para os ministros da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o dispositivo não opera efeitos jurídicos no âmbito do Direito Individual do Trabalho. O entendimento já era consolidado na Primeira Seção de Dissídios Individuais (SDI-1), do mesmo órgão julgador. (MELO,2019)

Dessa forma, por a decisão do Tribunal Regional do Ceará estar em harmonia com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a relatora, juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, no tópico, não conheceu o recurso com base na súmula nº 333/TST. Eis o teor do entendimento:

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO 1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte

assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, SBDI-I, DEJT de 30/03/2010.).

8 I CONCLUSÃO

Com advento da Reforma Trabalhista esse entendimento mudou, pois agora está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) a arbitragem como forma de solução de conflitos na área trabalhista com fulcro no art. 507-A da Lei 13.467/2017, ou seja, foi criada a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução de conflito, autoriza a arbitragem nos contratos individuais de trabalho, desde que: quando a remuneração do empregado for igual a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios da Previdência Social que atualmente é de R\$ 5.839,45 (cinco mil e oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos) ou a cláusula compromissória seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei de Arbitragem.

Também é de fundamental importância dar um exemplo atual da nova postura tomada pelo Poder Judiciário que aconteceu com o Novo Código de Processo Civil de 2015 com fulcro no art. 334 do CPC, que tornou obrigatória a realização da audiência de conciliação e mediação dentro do processo, antes da realização da audiência de instrução e julgamento. Vale ressaltar que os efeitos da Resolução nº 125/2010 são vistos com a publicação da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) como exposto anteriormente, ambas as leis tratam de maneira enfática das práticas de solução de conflitos.

Pode-se afirmar que, em razão da obrigatoriedade das audiências de conciliação e mediação em todos os processos judiciais brasileiros depois da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil se tornou uma fase processual obrigatória. Vale ressaltar que o cidadão poderá procurar o fórum de sua cidade e pedir ao juiz que remeta sua demanda para a conciliação ou a mediação independentemente de adoção desse programa pelo tribunal.

É inegável várias modificações, houve essa mudança de paradigma desde os tribunais até as pessoas em geral. É notório identificar a aplicabilidade da justiça de fato, através da resposta do Judiciário por meio de sentença sendo com ou sem resolução de mérito. Entretanto, nem sempre a resposta será positiva, há duas partes, consequentemente, um sairá vitorioso e o outro derrotado.

O acesso à justiça como forma de solução do problema, pode significar a resposta do Poder Judiciário através do julgamento por meio de sentença. Nesses casos existe uma falta

de conhecimento em parte da população, pois não acreditam na possibilidade da resolução do conflito por métodos alternativos, e além de sobre carregar o poder Judiciário acaba causando um certo sentimento de insatisfação por este mesmo motivo.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Como a mediação no direito do trabalho pode resolver conflitos? Disponível em: <

AURÉLIO. Dicionário online de Português. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BASTOS, Athena. Como ficou a Conciliação trabalhista após a reforma e o novo CPC. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/conciliacao-trabalhista/#:~:text=764%20e%20%C2%A7%203%C2%B0,de%20encerrado%20o%20ju%C3%ADz%C3%ADo%20conciliat%C3%B3rio%E2%80%9D>>". Acesso em: 08 de novembro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140/2015, de 26 de julho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-20189600-42.2008.5.07.0001&base=acordao&numProclnt=159703&anoProclnt=2011&dataPublicacao=16/11/2012%2007:00:00&query=>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

CONCEIÇÃO, Dandara Roberta Soares; PORTELA, Eduarda Mello; SILVA, Luiza Heider Salles da; COSTA, Marcelo Cacimotti. **Resolução de conflitos: Negociações Coletivas no Direito do Trabalho.** Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/Anais-da-II-Mostra-de-Trabalhos-em-Praticas-Socioculturais.pdf#page=41>>. Acesso em: 08 de novembro de 2020.

MELO, Leonardo Ranieri Lima. **Os meios alternativos de solução de conflitos e a arbitragem no Direito do Trabalho.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72910/os-meios-alternativos-de-solucao-de-conflitos-e-a-arbitragem-no-direito-do-trabalho>> Acesso em: 08 de novembro de 2020.

MESQUITA, Andréa. **Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ.** CNJ: Brasília-DF, 27 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

MINGHINI, Paula Heugênia; LIGERO, Gilberto Notário. **Meios alternativos de resolução de conflitos: Arbitragem, Conciliação, Mediação.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2444/1968>>. Acesso em: 08 de novembro de 2020.

NORMANDO, Thiago Edirsandro Albuquerque. **A Mediação como meio alternativo de solução de conflitos trabalhistas no âmbito do TRT22.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-mediacao-como-meio-alternativo-de-solucao-de-conflitos-trabalhistas-no-ambito-do-trt22/>>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

REIS, Jair Teixeira dos. **Mediação e arbitragem no Direito do Trabalho.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig_o_id=6686>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

SECURATO, Claudia Orsi Abdul Ahad. **Como a mediação trabalhista pode trazer mais conforto nas resoluções de conflitos entre empregado x empregador.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77332/como-a-mediacao-trabalhista-pode-trazer-mais-conforto-nas-resolucoes-de-conflitos-entre-empregado-x-empregador>>. Acesso em: 04 de novembro de 2020.

CAPÍTULO 19

O FIM DO “DEPENDE”: JURIMETRIA DOS PROCESSOS DA 7^a SECRETARIA ESPECIAL CÍVEL DE CURITIBA/PR ENTRE 2015 E 2017

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 15/05/2021

Fernando Schumak Melo

FAE Centro Universitário
Curitiba/PR

<http://lattes.cnpq.br/8934695092649554>

Amanda Caroline Camilo

FAE Centro Universitário
São José dos Pinhais/PR

<http://lattes.cnpq.br/1689597985529797>

dos demais juizados especiais, a fim de concluir se estes também atendem ao princípio da pacificação social ou se esta é característica da matéria atinente a delitos de trânsito.

PALAVRAS-CHAVE: Jurimetrica; juizado especial; dano moral; tecnologia.

**THE END OF THE “DEPENDS”:
JURIMETRIC ANALYSIS OF THE 7TH
SPECIAL CIVIL COURT PROCESSES
OF THE CITY OF CURITIBA, BRAZIL,
BETWEEN 2015 AND 2017**

ABSTRACT: Through a bibliographical survey and empirical research, carried out with the support and partnership of the Jurimetric company, which selected the population to be analyzed and made available the platform for registration of the processes and subsequent analysis of the results, it was possible to provide an overview of the decisions issued by the seventh special civil court processes of the city of Curitiba, Brazil which deals with traffic accidents, demonstrating the incidence of jurisprudential pacification in the sense that the granting of compensation for moral damages is only applicable in serious cases, that is, those that have resulted in mutilations, severe esthetic damage or death. In addition, it was possible to conclude that the court in question has served the function of social pacification, due to the high number of agreements made when compared to the cases in which they were rendered, leaving a possible research agenda consisting on the investigation of the other special courts, in order to conclude whether they also comply with the principle of social pacification or whether this is

RESUMO: Através de levantamento bibliográfico e pesquisa empírica, realizada com o apoio e parceria da empresa Jurimetric, que selecionou a população a ser analisada e disponibilizou a plataforma para cadastramento dos processos e posterior análise dos resultados, foi possível fornecer um panorama das decisões proferidas pela Sétima Secretaria Especial Cível de Curitiba/Pr, que versa sobre acidentes de trânsito, ficando demonstrada a incidência da pacificação jurisprudencial no sentido que o deferimento de reparação a título de danos morais somente é cabível em casos graves, ou seja, aqueles que tiveram como resultado mutilações, sequelas, dano estético grave ou óbito. Ademais, foi possível concluir que o juizado em questão tem atendido à função de pacificação social, em razão do elevado número de acordos realizados quando comparado aos casos em que tiveram proferida sentença, restando uma possível agenda de pesquisa consistente na averiguação

characteristic of the matter of traffic offenses only.

KEYWORDS: Jurimetrics; special court; moral damage; technology.

1 | INTRODUÇÃO

O aumento da litigiosidade e a morosidade da atuação do Judiciário são realidades enfrentadas pela sociedade brasileira que constantemente busca através do Poder Público a inovação de técnicas processuais, a fim de diminuir e enfrentar essa problemática.

A crise do Judiciário, ligada à má qualidade das decisões e na demora dos julgamentos, é reflexo do grande volume de demandas repetitivas que, não obstante tratarem do mesmo objeto, são decididas separadamente, transformando a jurisprudência em grandes lacunas conflitantes. Quando não muito, há controvérsia entre as decisões de um mesmo juiz.

A combinação então, da acessibilidade ao judiciário, com eficiência e tecnologia, resulta em uma ciência, ainda pouco utilizada pelos operadores do Direito: a Jurimetria, que aplica técnicas de estatística ao direito. E que pode ter profundos resultados na análise atual do sistema Judiciário.

A jurimetria permite analisar o impacto social das decisões judiciais na sociedade, contribuindo para o aperfeiçoamento de Políticas Públicas, tendo portanto grande importância social¹.

O estudo, que foi realizado por meio de levantamento bibliográfico e garimpagem de dados através de pesquisa empírica, tem por objetivo geral “transversalizar” o estudo do direito, ao permitir que alunos de áreas não jurídicas o desenvolvam - de acordo com a linha de pesquisa - bem como aproximar profissionais, docentes, acadêmicos e pesquisadores das novas tecnologias à disposição do mundo jurídico, em especial a jurimetria.

Outro objetivo geral - mediato - que se dispõe atingir o presente, é democratizar a teoria e os dados sobre o tema, bem como promover o tratamento racional e acadêmico das novas tecnologias e das tecnologias ditas disruptivas sem medos, sem mitos e sem preconceitos.

Especificamente, o trabalho se propõe a, através da análise qualitativa dos processos sobre acidentes de trânsito tramitados na sétima secretaria especial cível de Curitiba/Pr no interregno de 2015 a 2017 construir uma fonte objetiva e criteriosa dos dados e parâmetros utilizados por esta vara especial para a fixação ou não dos danos morais, taxas de procedência e improcedência, porcentagem de julgamentos com e sem resolução do mérito, taxa de recorribilidade, quantidade de acordos realizados e quaisquer outros dados relevantes aos operadores do direito, tais como a e a relação entre o que se pede (pedidos) e o que se entrega (prestação jurisdicional) em valores individuais e

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS & LEGALECHS. (2018). Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/jurimetria-como-estatistica-pode-reinventar-o-direito/>>. Acesso em 05 dez. 2018.

absolutos, características das partes, tempo médio de duração do processo, entre outros.

Ademais, com o presente estudo objetiva-se verificar se o objeto de estudo, 07º Juizado Especial Cível de Curitiba/PR, atende à função de pacificação social, função inerente às secretarias especiais, além de verificar se há discrepância entre os pleitos das partes e o que é conferido na sentença/acórdão.

2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A tecnologia influencia cada dia mais a vida humana, em todos os aspectos, sendo inconcebível a rotina sem as inovações que o avanço tecnológico proporcionou. Atualmente ninguém imagina viver sem aparelho celular por exemplo.

Assim como o cotidiano das pessoas, as atividades profissionais também foram afetadas pelo progresso que a tecnologia proporcionou. A exemplo, a atuação médica tem se tornado mais segura ao paciente e facilitou a atividade do profissional médico, que ao realizar uma cirurgia pode utilizar câmeras que adentram o corpo do paciente e tornam seu trabalho mais preciso, entretanto, não o substituem na tomada da decisão do diagnóstico e a forma pela qual o paciente será tratado².

Assim também ocorreu com o direito. Atualmente usa-se cada vez menos papel, haja vista o processo ter se tornado digital, facilitando a atuação dos profissionais da área, que não precisam se deslocar até o fórum para ter vistas aos autos, os quais podem ser consultados a qualquer momento e de qualquer lugar, bastando o acesso à internet. Outro exemplo são as videoconferências, que permitem a realização de audiências à distância, não sendo necessário o deslocamento de partes residentes em comarcas distantes ao juízo competente para a produção probatória³.

A aplicação de tais ferramentas tem aproximado a tão sonhada celeridade processual, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil².

Os mais conservadores temem pela segurança jurídica, a qual não é afastada com a aplicação das inovações, mas cede espaço para que a prestação jurisdicional seja efetiva e célere, não desrespeitando os ritos formais do processo, mas apenas abreviando o tempo dispendido ao mesmo desnecessariamente. Além do progresso tecnológico promovendo a celeridade, temos institutos que também reduzem o tempo dispendido nas lides, a exemplo das súmulas vinculantes, repercussão geral, sentenças improcedentes em casos repetidos e outros, que ignoram as peculiaridades de cada caso e massificam as decisões, promovendo celeridade processual².

2 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS & LEGALECHS. (2018). Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/jurimetria-como-estatistica-pode-reinventar-o-direito/>>. Acesso em 05 dez. 2018.

3 HADDAD, Ricardo Nussrala. A motivação das decisões judiciais e a jurimetria: contribuições possíveis. In: Encontro Nacional do CONPEDI (19. : 2010 : Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010 (p. 3927 –3935).

Têm-se, portanto, as tecnologias auxiliando na tomada de decisões dos profissionais, mas não os substituindo.

É inconcebível ao jurista do presente e do futuro advogar pelo “faro”, por tentativa e erro. É inadmissível que o profissional da advocacia leve um cliente à demanda sem mínima noção dos resultados que pode obter. É impossível nos dias atuais, em que se trava batalha diária pela uniformização das decisões e segurança jurídica, responder apenas “depende” ao jurisdicionado, quando na verdade este quer uma resposta concreta e assertiva sobre como determinada corte vem decidindo demandas como a sua.

A Jurimetria é o perfeito exemplo da utilização racional das novas tecnologias, uma vez que utiliza as informações disponíveis e as transforma em dados fidedignos, fornecendo um panorama real, através da estatística, da aplicação do Direito no caso concreto. Assim, a Jurimetria pode ser definida como a aplicação de métodos quantitativos no Direito para a obtenção de probabilidade real do acontecimento de determinado evento³.

Entretanto, para que seja possível a utilização eficiente da Jurimetria, indispensável é a participação de profissionais capacitados e dispostos a aprender além de suas áreas de formação e atuação profissional. Os estatísticos precisam se esforçar para entender o que os aplicadores do Direito desejam e conseguir transformar os dados fornecidos nos melhores resultados possíveis, enquanto que os operadores do Direito precisam formular questionamentos claros e objetivos, passíveis de análise estatística⁴.

Em outras palavras, com a formação de bases de dados completas e a aplicação de métodos que realizem uma análise intuitiva desses dados, é possível prever decisões judiciais, quantificar chances de êxito em determinada demanda, podendo o advogado calcular de modo claro e fiel honorários condicionais ao sucesso³.

Portanto, é possível a racionalização do Direito, a padronização e coerência de sua utilização, tornando a aplicação legal mais próxima da realidade, através da criação de processos estruturados por meio da Jurimetria³.

3 I A JURIMETRIA COMO MÉTODO DE PESQUISA

A presente pesquisa projetada e apoiada pelo PAIC – FAE (programa de apoio a iniciação científica implantado pela FAE Centro Universitário em 1999) foi desenvolvida em parceria com a empresa Jurimetric⁵ (a qual fornece serviços de quantificação e mapeamento de informações jurídicas da organização e extração de informações big data), e levada a cabo através da garimpagem e criação de fonte de dados primários dos processos em trâmite junto aos Juizados Especiais, com posterior análise baseada na legislação e literatura sobre o tema.

A sétima secretaria especial cível de Curitiba/Pr tem sua competência definida pela

4 ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. Revista Direito e Liberdade, 2014 (p. 95 –100).

5 JURIMETRIC. (2019). Disponível em: <<https://jurimetric.com.br/quem-somos/index.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

resolução 93/2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu art. 148, §3º, que disciplina: “*São da competência do 7º Juizado Especial Cível (Acidentes de Trânsito) as causas referentes a acidente de trânsito, cabendo-lhe a conciliação, o processo, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, assim definidas em lei, bem como dar cumprimento às cartas precatórias relativas às matérias de sua competência, sempre observado o âmbito de sua especialização*”⁶.

A escolha da 07ª Secretaria Especial Civil para a realização da pesquisa diz respeito à especificidade da matéria tratada por esta, qual seja, acidentes de trânsito, o que facilita o direcionamento da pesquisa e análise dos dados, ou seja, possui um campo de análise restrito e definido, sendo desnecessário categorizar as demandas e possível começar imediatamente o trabalho jurimétrico.

O grande “N” (população⁷ de processos cadastrados no PROJUDI como “Indenização por dano moral e/ou material por acidente de trânsito” entre os anos de 2015 a 2017) não configura análise quantitativa, pois não pretende o presente estudo criar generalizações, tampouco padrões universais, apenas descrever o padrão das decisões específicas sobre os casos durante o período estudado.

A base de dados foi criada através da análise total dos processos distribuídos no 7º Juizado Especial de Curitiba e, após restringir os processos distribuídos para os anos de 2015 a 2016 e 2016 a 2017, selecionou-se todos os processos distribuídos e cadastrados no PROJUDI como “*Indenização por dano moral e/ou material por acidente de trânsito*”, totalizando a população de 709 (setecentos e nove) processos a serem analisados. Inicialmente não foram excluídos da totalidade os processos em curso e que estão em segredo de justiça, sendo estes retirados durante a coleta dos dados.

Em seguida os dados foram tabulados e processados e o resultado foi uma fonte objetiva e criteriosa de informações sobre os pedidos, as causas de pedir, os *quantum*; sobre parâmetros utilizados pela 07ª Secretaria Especial Cível de Curitiba/PR para a fixação de danos morais, taxa de recorribilidade e valor médio indenizatório arbitrado por juiz por exemplo.

Uma vez definido o recorte temporal da pesquisa (de 2015 a 2017), os processos do período foram colocados em uma planilha excel, contendo o número do processo, o ano, a classe processual, a comarca, a competência, o juízo, o assunto e o valor da causa. A planilha fora acessada pelos autores para que estes realizassem a análise das lides, através do acesso à íntegra de cada um dos processos por meio do sistema Projudi, e posterior inserção dos dados na plataforma desenvolvida pelos autores em parceria com a empresa Jurimetric para posterior análise.

6 PARANÁ. Tribunal de Justiça. Resolução nº 93 de 12 de agosto de 2013. Diário da Justiça do Paraná. Curitiba, PR, 12 ago. 2013. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/codj/resolucao_93_2013/-/document_library_display/zyC9/view_file/6040024>. Acesso em 16 mar. 2019.

7 MELO, Fernando Schumak. As decisões do TCE/PR acerca do orçamento estadual de 1988 até 2014. Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

Geralmente é inviável analisar a totalidade de elementos em estudo, uma vez que os levantamentos abrangem um universo enorme. Sendo assim, é selecionada uma amostra, ou seja, uma pequena parte que compõe o universo a ser pesquisado. Quando eficientemente selecionada, os resultados obtidos tendem a aproximar-se muito dos que seriam obtidos caso fosse viável analisar o todo⁸. Na presente pesquisa foi possível trabalhar com a universalidade dos processos distribuídos entre os anos de 2015 a 2017, cadastrados no Projudi como “*Indenização por dano moral e/ou material por acidente de trânsito*”, em razão da totalidade ser de 495 (quatrocentos e noventa e cinco) processos, dos quais ainda seriam excluídos os processos em curso, sendo, portanto, em razão da restrição da matéria, passível de análise a população.

Ressalta-se que para acessar à íntegra os processos, foi necessário assinar o termo de responsabilidade em cada processo. Os atos processuais são via de regra públicos, conforme prevê o art. 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil e o art. 189 do Código de Processo Civil, de maneira que qualquer um pode acompanhar lides que deseje. É incomum a decretação do segredo de justiça em processos tramitadas nas secretarias especiais, tendo em vista as características destas, salvo em casos que envolvam a intimidade das partes⁹.

A figura 1 mostra a tela principal do software desenvolvido pela empresa e pelos autores na qual os dados analisados em cada processo foram inseridos e salvos, para posterior análise estatística.

The screenshot shows the 'JURIMETRIC' software interface. At the top, there are navigation links: 'Cadastrar processo', 'Listar processos', and 'Simular'. On the right, there is a user profile for 'Amanda Camila'. The main area is titled 'Cadastrar PROCESSO'. It contains several input fields and dropdown menus:

- 'N. do processo': Input field with placeholder 'Insira o numero do processo'.
- 'Comarca': Input field with placeholder 'Ex: Curitiba'.
- 'Valor da causa': Input field with placeholder 'Ex: R\$180.000,00'.
- 'Assunto': Input field.
- 'Julzo': Input field with placeholder 'Escolha'.
- 'Resultado': Radio buttons for 'Sentença' (selected), 'Acordo', and 'Sem resolução de mérito'.
- 'Pedidos' section:
 - 'Pedido da inicial': Input field with placeholder 'Pedido'.
 - 'Valor pedido': Input field with placeholder 'R\$'.
 - 'Resultado': Input field with placeholder 'Resultado'.
 - 'Valor arbitrado': Input field with placeholder 'R\$'.
- 'Interposição de recurso' section:
 - 'Pedido da inicial': Input field with placeholder 'Descrição'.
 - 'Valor pedido': Input field with placeholder 'R\$'.
 - 'Resultado': Input field with placeholder 'Resultado'.
 - 'Valor arbitrado': Input field with placeholder 'R\$'.

A blue 'Salvar' (Save) button is located at the bottom left of the form.

No portal, acessado, através de login e senha criados para cada autor, pelo link <https://portal.jurimetric.com.br/cadastrar-processo>, ao ser inserido o número do processo

8 GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002 (p. 121).

9 ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2017 (p. 126).

no campo correspondente, automaticamente o valor da causa, a comarca, assunto e juízo são preenchidos, precisando da análise dos participantes quanto aos trâmites processuais, sobretudo à petição inicial e sentença ou acordo para preencher os demais campos. Além disso, para os processos que tiveram sentença, há a possibilidade da inserção dos dados (tipo de pedido inicial, o valor pedido inicialmente, o resultado do recurso e o valor arbitrado) referentes a recurso, que posteriormente também foram analisados para demonstrar dentre outros parâmetros, a taxa de recorribilidade.

Ao longo do cadastramento, quando iniciada a fase de análise dos dados (após o cadastramento de cento e sessenta processos) algumas falhas na plataforma foram identificadas e corrigidas para que a análise fosse efetiva e o cadastramento se tornasse mais dinâmico.

Tais ajustes dizem respeito à padronização dos pedidos, se foi dano moral ou material, assim como a necessidade de padronização no preenchimento de processos que não tiveram resolução do mérito, a fim de que tivessem inseridos seus pedidos. Os ajustes resultaram na necessidade de recadastramento de 26 (vinte e seis) processos, para que os resultados gerados fossem fidedignos.

No momento do cadastramento dos processos na plataforma outras padronizações foram necessárias. Os danos moral, estético e físico foram considerados um único pedido, ou seja, foram somados e inseridos na plataforma no campo correspondente ao dano moral. Também, as petições iniciais que não determinavam o valor do pedido de dano moral, mas colocavam como valor da causa um importe superior ao correspondente ao dano material, teve essa diferença (subtração do valor da causa pelo valor de dano material) considerada como dano moral. Em contrapartida, se na petição inicial havia pedido de dano moral sem especificação de valor e o valor da causa era igual ao importe pleiteado a título de dano material, o preenchimento do valor de dano moral foi deixado em branco.

Ainda, nos casos em que não houve especificação do valor pedido a título de danos morais e, na sentença ou acordo, foi arbitrado/acordado valor superior a pedido de danos materiais, a diferença foi considerada como dano moral.

Quanto aos acordos, os quais não tinham especificados os valores de dano moral e material, foi considerado somente como dano material aqueles que previam valores totais inferiores até mesmo ao pleito de dano material, sendo deixado em branco o preenchimento do resultado correspondente ao dano moral na plataforma.

Para as lides em que as partes acordaram cada uma arcar com seus prejuízos foram os pedidos cadastrados individualmente, mas os resultados foram deixados em branco. Por fim, foram cadastradas como procedentes as sentenças parcialmente procedentes, a fim de ser evitada uma nova alteração da plataforma, que como as anteriores, demandaria tempo.

Os pedidos contrapostos não foram considerados no momento do cadastramento dos processos na plataforma desenvolvida pela Jurimetric, sem qualquer prejuízo à

fidelidade da pesquisa.

4 | LIMITES DA METODOLOGIA E DA BASE DE DADOS

A informalidade dos Juizados Especiais, a possibilidade de demandar sem advogado, a falta de respeito aos mínimos critérios formais para realização das petições iniciais, recursos, contestações e sentenças, bem como a índole célere e instrumental sempre visando o acordo, geraram algumas dificuldades quanto à depuração dos dados.

No momento do cadastramento dos processos na plataforma outras padronizações foram necessárias. Os danos moral, estético e físico foram considerados um único pedido, ou seja, foram somados e inseridos na plataforma no campo correspondente ao dano moral. Também, as petições iniciais que não determinavam o valor do pedido de dano moral, mas colocavam como valor da causa um importe superior ao correspondente ao dano material, teve essa diferença (subtração do valor da causa pelo valor de dano material) considerada como dano moral. Em contrapartida, se na petição inicial havia pedido de dano moral sem especificação de valor e o valor da causa era igual ao importe pleiteado a título de dano material, o preenchimento do valor de dano moral foi deixado em branco.

Ainda, nos casos em que não houve especificação do valor pedido a título de danos morais e, na sentença ou acordo, foi arbitrado/acordado valor superior a pedido de danos materiais, a diferença foi considerada como dano moral.

Quanto aos acordos, os quais não tinham especificados os valores de dano moral e material, foi considerado somente como dano material aqueles que previam valores totais inferiores até mesmo ao pleito de dano material, sendo deixado em branco o preenchimento do resultado correspondente ao dano moral na plataforma.

Para as lides em que as partes acordaram cada uma arcar com seus prejuízos foram os pedidos cadastrados individualmente, mas os resultados foram deixados em branco. Por fim, foram cadastradas como procedentes as sentenças parcialmente procedentes, a fim de ser evitada uma nova alteração da plataforma, que como as anteriores, demandaria tempo.

Ressalta-se que a necessidade das padronizações mencionadas foi averiguada após cerca de 160 (cento e sessenta) processos cadastrados, os quais não tiveram o cadastro alterado em razão da escassez de tempo. Portanto, tratam-se de limitações da pesquisa, as quais, porém, não influem nos resultados obtidos.

5 | RESULTADOS

Foram cadastrados na plataforma desenvolvida pelo projeto 637 (seiscientos e trinta e sete) processos públicos tramitados à 07^a Secretaria Especial Cível de Curitiba/PR entre os anos de 2015 e 2017.

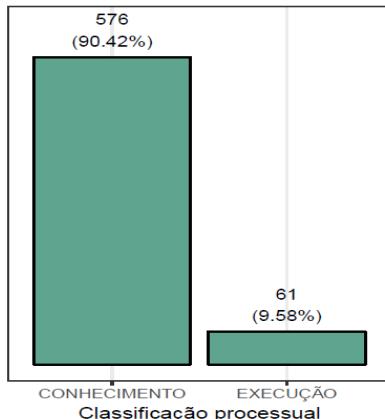


Figura 2 - Perfil da classificação processual. Total para cada tipo de classificação processual (autoria, própria).

A figura 2 demonstra que a 07^a Secretaria Especial Cível de Curitiba/PR trata essencialmente de processos de conhecimento, o que corresponde a 90,42% das lides, comprovando o alto número de acordos entabulados, e, sugere que os acordos tendem a ser cumpridos sem necessidade de cumprimento forçado. Outra possível razão para a baixa incidência de execuções seria o valor baixo dos acordos homologados, entendendo a parte não valer a pena executá-lo.

Foram analisados estatisticamente a relação entre os pedidos e as demais características dos processos.

	Tipo de dano	
	Material	Moral
Pedido (R\$)	4788.17	8395.91
Arbitrado (R\$)	2273.07	741.94

Figura 3 - Média dos valores pleiteados e arbitrados para cada tipo de pedido (autoria, própria).

A figura 3 demonstra que tanto os valores pleiteados a título de danos materiais quanto para danos morais são expressivamente superiores aos valores arbitrados. Uma possível justificativa a tal discrepância pode ser a vedação ao juiz de conceder além do que a parte pleiteia, *ultra petita*, motivo pelo qual as partes preferem pedir além do que devem receber, a fim de que o juiz arbitre o máximo possível para o referido pedido. Nota-se a maior discrepância entre os valores pleiteados a título de danos morais frente aos valores arbitrados, sendo uma possível justificativa para o fato a aplicação da pacificação jurisprudencial no sentido de que acidente de trânsito não gera dano moral, salvo em casos que tem resultados graves, tais como óbito, mutilações, sequelas e dano estético grave.

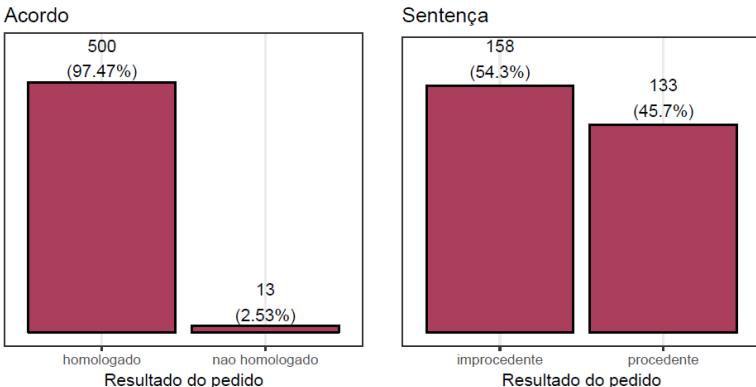


Figura 4 - Perfil dos resultados para cada pedido (autoria, própria).

A figura 4 evidencia a grande porcentagem de acordos homologados, demonstrando o atendimento à função de pacificação social da secretaria.

Ressalta-se que os acordos são estimulados pelos juízes leigos, que submetem esses acordos à apreciação dos juízes togados, os quais os homologam ou não, o alterando se julgarem necessário, fato verificado em 2,53% dos casos, conforme demonstrado na figura acima.

Quanto às sentenças, estas apresentaram maior incidência de improcedência, fato que pode ser explicado possivelmente pela busca do judiciário “sem critério”, ou, em outras palavras, para muito além do direito realmente atinente à parte, que não pode ser punida com a condenação ao pagamento de custas e sucumbência, que não existe na primeira instância, ou pelo desconhecimento de como o Judiciário trata casos como os de acidente de trânsito, o que pode ser esclarecido pelo nosso trabalho.

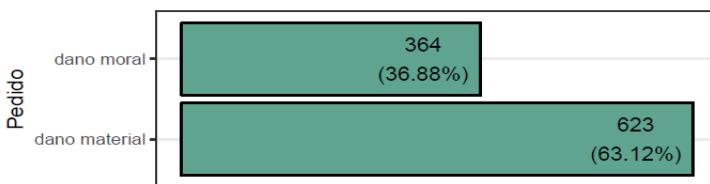


Figura 5 - Perfil dos pedidos dos processos (autoria, própria).

Verifica-se por fim, que a incidência de pedido referente a dano material é significativamente superior aos pedidos de danos morais, os quais, de acordo com o já vislumbrado, não são normalmente arbitrados em casos de acidentes de trânsito, uma vez que são considerados mero dissabor do dia a dia, entretanto, conforme já mencionado, tem valores pleiteados significativamente superiores aos de dano material.

O dano moral diz respeito à ofensa ao íntimo da pessoa, a lesão a seus direitos personalíssimos, ou seja, aos atributos que individualizam cada pessoa. Ainda, o dano moral quando cause sofrimento, angústia, dor, sofrimento, humilhações, enfim, traz sensações e emoções negativas à vítima. Sendo assim, não cabe reparação a título de danos morais a meros aborrecimentos do dia a dia, ou seja, situações desagradáveis a que todos estamos sujeitos, que nos causam incomodo, mas que não afetam nosso íntimo. Daí a dificuldade em quantificar a reparação de danos morais, a qual fica exclusivamente a arbítrio do juiz, não havendo limite legal ou tarifa pré-estabelecida, sendo os critérios de reparação basicamente a reprovação da conduta (gravidade ou intensidade da culpa do agente), a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor¹⁰.

5.1 Achados principais

A realização do presente estudo evidenciou os benefícios da aplicação da jurimetria, uma vez que esta fornece dados concretos através da estatística, sendo sua aplicação de relevante importância aos advogados, que podem traçar melhor suas estratégias, e ao poder público na elaboração e execução de políticas públicas judiciais.

Ademais, como mencionado nos resultados, ficou evidente que a Sétima Secretaria Especial Cível de Curitiba/Pr atende à função de pacificação social, tendo em vista o índice de acordos homologados ultrapassar 90% (noventa por cento).

Outro achado importante e também demonstrado nos resultados diz respeito à incidência da pacificação jurisprudencial quanto ao reconhecimento do dano moral em casos de acidentes de trânsito, o qual só é fixado ao se tratar de dano grave, a exemplo de sequelas, mutilações e dano estético importante, sendo uma simples colisão considerada mero dissabor do dia a dia.

Restou evidente ainda, a insistência das partes e dos advogados em pleitear muito além do que de fato se concede e até mesmo do que é celebrado em acordo.

Verificou-se, através da comparação entre os resultados obtidos no presente estudo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional da Justiça, que a Sétima Secretaria Especial Cível não contribui para o pífio resultado quantitativo de acordos realizados junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos anos de 2015¹¹ e 2016¹², que correspondeu

10 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. (p. 155 – 163). Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=JkNURqGpcIkC&oi=fnd&pg=P1A&dq=dano+moral+nos+acidentes+de+transito&ots=AyqzwuZiNY&sig=jf6WqBRFxdl9WlpozwfrvhZ4l#v=onepage&q=f=false>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

11 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

12 Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019. Relator: Des. José Aquino Flóres de Camargo. Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?btnG=buscar&ie=UTF-8&ulang=pt_BR&ip=191.177.181.194&access=p&entqr=3&entqr-m=0&entsp=a__politica-si-te&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ud=1&q=AC:%202070051743243&proxstylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&sort=date:D:S:d1&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em:

a cerca de 12% (doze por cento), enquanto que no juizado em estudo o índice de acordos ultrapassa 90% (noventa por cento).

Por fim, através do presente estudo foi construído um método viável e confiável de análise jurimétrica dos processos em trâmite nos juizados especiais de competências especializadas.

5.2 Outros achados

Durante a análise dos processos achados secundários foram verificados. Logo no início das análises ficou evidente o apreço ao princípio da informalidade, atinente aos juizados especiais, tendo em vista o desapreço à atribuição de valor à causa, individualização dos pedidos e valores pleiteados. Evidencia-se que tais características são visualizadas inclusive em petições iniciais confeccionadas por advogados, e tolerados pelos magistrados, em razão novamente do princípio base dos juizados especiais.

Ainda, ficou claro que não há interesse em individualizar as verbas indenizatórias nos acordos homologados, ou seja, ainda que a inicial traga diversos pedidos, inclusive com valores distintos (dano moral, dano material, dano estético, etc) a verba indenizatória nos acordos é descrita como genérica: “fins indenizatórios”. Tal característica foi uma dificuldade cadastral enfrentada, uma vez que a plataforma exigia individualização dos valores pleiteados e também dos arbitrados/acordados.

Outro achado diz respeito à procedência total de pedidos (de todos os pedidos nos valores pedidos), o qual ocorre apenas nos casos de revelia. Assim, numa escala de maior ocorrência para a menor, temos: acordo, procedência parcial, extinção sem resolução do mérito, improcedência e procedência total.

Há também acordos celebrados após a sentença, o que pode sugerir, além do interesse em compor, conhecimento das partes quanto à dificuldade da fase executiva.

Outra característica marcante é o alto número de parcelas nos acordos. Não se nota, porém, um padrão de inadimplência, pois que, em muitos processos a parte não executa o acordo homologado. Sendo assim, vislumbra-se três situações possíveis: a parte credora recebeu integralmente o acordado; a parte credora se satisfez com o que recebeu, mesmo que não a totalidade do acordado; a parte sente que não adiantará ingressar com os procedimentos executivos porque não tem fé na justiça, que não é capaz de garantir a satisfatibilidade do pleito, ou porque sente que não valerá o esforço e tempo despendidos para tanto.

Por fim, verificou-se que, em se tratando de bancos, seguradoras, enfim, empresas réis, quando bem assessoradas por seus advogados, tem a cautela de não discriminhar a que título pagam as verbas, até mesmo porque, o acordo é celebrado como mera liberalidade da ré, sem assunção de qualquer culpa ou reconhecimento de pedidos.

É importante destacar que a jurimetria aqui desenvolvida requereu uma análise

profunda de todos os processos, pois que, o direito não é uma ciência exata e assim também não é o trâmite processual. Explica-se. Um olhar superficial poderia identificar que houve acordo num determinado processo, passar as informações ao portal, e, concluir o cadastro. Porém, a existência de acordo não exclui a possibilidade de que ele tenha de ser executado, basta que o devedor não pague o débito ou qualquer uma das parcelas fixadas. Assim, o que era acordo vira novamente lide, na forma executiva. Do mesmo modo, a existência de uma sentença não exclui a possibilidade de que haja acordo posterior, o que de fato ocorre em diversos casos analisados, em que a parte devedora, diante da derrota processual certa, oferta acordo e a parte credora aceita, por não querer levar a cabo a dolorosa e muitas vezes infrutífera fase executiva.

Assim sendo, num único processo, é possível encontrar todas as formas de finais possíveis: acordo, que depois vira execução; sentença, que, mesmo após o trânsito vira acordo, acordo extrajudicial que vira sentença de extinção por falta de interesse processual, sentença de procedência executada, sentença de improcedência. Pode haver mais de um acordo em um mesmo processo, um na fase de conhecimento e outro na fase executiva; o processo pode ser extinto por abandono de causa pelo autor, mesmo após a sentença ou acordo. E todas essas variáveis refletem em dificuldades de padronização estatística.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurimetria é uma ferramenta extremamente importante ao desenvolvimento da advocacia e do Direito como um todo, uma vez que fornece dados concretos através da estatística, auxiliando o advogado a fornecer um parecer fidedigno a seus clientes, mostrando claramente as vantagens e desvantagens de uma possível lide.

Ao poder público, a Jurimetria pode auxiliar na implementação de políticas públicas de conscientização dos jurisdicionados sobre seus direitos, sobre quando e qual a melhor maneira de busca-los, bem como sobre o que é preciso fazer para tornar o processo mais eficiente, obter mais acordos e outros, sendo, consequentemente, uma possível alternativa para reduzir o número de demandas judiciais, uma vez que as partes terão mais claro o que alcançarão com o processo.

A obtenção de dados inéditos e deveras esclarecedores quanto ao modo de funcionamento da 07ª Secretaria Especial Cível de Curitiba/PR, e comportamento dos operadores do direito e partes que nela litigam demonstra a importância da aplicação das novas tecnologias ao Direito, uma vez que antes de ingressarem com uma lide no juizado objeto do presente estudo, a parte saberá suas chances de êxito, quanto deve ganhar, se deve ganhar, e quanto tempo em média durará o processo.

Verificou-se através da exposição dos resultados, mais especificamente as figuras 3 e 7, que o 7º Juizado Especial Cível de Curitiba/PR atende à sua função de pacificação social, tendo em vista o grande número de acordos celebrados, além da discrepância

positiva dos índices de conciliações homologadas na secretaria especial objeto de estudo frente ao Poder Judiciário em geral. Entretanto, resta saber se as demais Secretarias Especiais também apresentam alta taxa acordos homologados ou se esta é característica da matéria de delitos de trânsito.

Ficou também demonstrada através da exposição dos resultados, a incidência da pacificação jurisprudencial no sentido de que o dano moral, para ser reconhecido precisa afetar o íntimo da vítima, sendo capaz de causar-lhe sentimento de sofrimento, tristeza e humilhação, configurado em lides que versam sobre acidentes de trânsito somente em casos graves, como mutilações, óbito, sequelas e danos estéticos graves. Sendo assim, uma simples colisão, sem vítimas graves, é considerada mero dissabor do dia a dia, ou seja, situações desagradáveis a que todos estamos sujeitos.

Os avanços tecnológicos e a aplicação desse progresso ao Direito, promete auxiliar, além das partes, os profissionais da área na tomada de decisões, jamais substituindo a atuação do magistrado ou advogado.

A jurimetria sozinha não pode fazer nada, mas, aliada a um bom sistema de precedentes, e a uma cada vez maior e mais transparente disponibilização de dados de entendimentos do poder judiciário, pode contribuir para um sistema jurídico, mas racional, eficiente e justo.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS & LEGALECHS. (2018). Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/jurimetria-como-estatistica-pode-reinventar-o-direito/>>. Acesso em 05 dez. 2018.

HADDAD, Ricardo Nussrala. **A motivação das decisões judiciais e a jurimetria: contribuições possíveis.** In: Encontro Nacional do CONPEDI (19. : 2010 : Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010 (p. 3927 – 3935).

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. **Jurimetria: estatística aplicada ao direito.** Revista Direito e Liberdade, 2014 (p. 95 – 100).

JURIMETRIC. (2019). Disponível em: <<https://jurimetric.com.br/quem-somos/index.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Resolução nº 93 de 12 de agosto de 2013. **Diário da Justiça do Paraná.** Curitiba, PR, 12 ago. 2013. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/codj/resolucao_93_2013/-/document_library_display/zyC9/view_file/6040024>. Acesso em 16 mar. 2019.

MELO, Fernando Schumak. **As decisões do TCE/PR acerca do orçamento estadual de 1988 até 2014.** Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2017 (p. 126).

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. (p. 155 – 163). Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=JkNURqGpcIkC&oi=fnd&pg=PA1&dq=dano+moral+nos+acidentes+de+transito&ots=AyqzwuZiNY&sig=jf6WqBRFxdI9WlpozwfrvhZ4I#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019. Relator: Des. José Aquino Flôres de Camargo. Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?btnG=buscar&ie=UTF-8&ulang=pt_BR&ip=191.177.181.194&access=p&entqr=3&entgrm=0&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ud=1&q=AC%2070051743243&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&sort=date:D:S:d1&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2019.

CAPÍTULO 20

AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DE ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL E SUA IMPORTÂNCIA NA GARANTIA DA REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 06/07/2021

estrutura; eleições; democracia.

Henrique Rabelo Quirino

Universidade Federal de Minas Gerais I
Birkbeck, University of London
Belo Horizonte - MG
<http://lattes.cnpq.br/6127852584674003>

RESUMO: É consenso na doutrina especializada que a Constituição da República adotou o modelo representativo de democracia. O texto do parágrafo único do art. 1º da Carta Política denota essa escolha, ao consignar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos”, sendo exceção o exercício direto do poder popular. Também por disposição constitucional, a seleção desses representantes ocorre por meio de processo eleitoral, o qual, no Brasil, é organizado pela Justiça Eleitoral, que é um sistema de órgãos e autoridades que integra o Poder Judiciário. O presente trabalho possui como objetivos: investigar as razões da designação da Justiça Eleitoral como encarregada da condução do processo eleitoral; examinar a estrutura institucional da Justiça Eleitoral; e compreender as diferentes funções exercidas pela Justiça Eleitoral. O trabalho conclui pela existência de cinco dimensões de atuação dessa justiça especializada: administrativa; judicial; normatizadora; consultiva; e científica.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Eleitoral; funções;

THE MULTIPLE FUNCTIONS OF THE ELECTORAL JUSTICE AND ITS ROLE IN GUARANTEEING DEMOCRATIC REPRESENTATIVENESS

ABSTRACT: It is consensus among researchers that the Brazilian Constitution has adopted a representative model of democracy. The constitutional text makes this choice clear when it states that “all power emanates from the people, which exerts it through elected mandatories”, rule that makes the direct exercise of power by the people an exception. Also due to constitutional determination, the selection of such mandatories is carried out through elections, which, in Brazil, are organised by the Electoral Justice – a system of institutions and authorities that integrate the Judiciary branch of government. This paper intends to: investigate the reasons why the Electoral Justice has been designated by the Constitution to be in charge of the elections; examine the structure of the the Electoral Justice; and comprehend the different roles played by the Electoral Justice in the political system. The conclusion points out that the Electoral Justice acts in five different dimensions: administrative; judicial; normative; consultive; and scientific.

KEYWORDS: Electoral Justice; roles; structure; elections; democracy.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição da República, promulgada em cinco de outubro de 1988, inaugurou um novo modelo de Estado e uma nova ordem

jurídica, comprometida com os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político e da soberania popular. A nova Carta Política representou avanço sem precedentes no processo histórico e social brasileiro, sendo considerada por alguns autores como o “renascer” político do Brasil. Nesse sentido, BARROSO e BARCELLOS (2003, p. 141) pontuam que

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infindável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas. A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com déficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo. (...) Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. Um país que não dava certo. A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.

Como é cediço, o texto constitucional marcou a introdução de um Estado de Direito Democrático, estruturado sobre a ideia de democracia representativa (parágrafo único do art. 1º da Carta Política), tendo mantido a Justiça Eleitoral como encarregada das questões afetas ao processo eleitoral. Esta foi instituída em 1932, “com funções contenciosas e administrativas”, nos termos do Decreto nº. 21.076/1932.

Embora fundada na década de 1930, a Justiça Eleitoral, por muitos anos, suportou supressões de sua autonomia e competências, chegando a ser extinta, em 1937, pela Constituição outorgada por Getúlio Vargas, apenas vindo a ser constituída novamente pelo Decreto-Lei nº. 7.586/1945. No período militar (1964-1985), as competências da Justiça Eleitoral também foram parcialmente suprimidas, tendo em vista a sucessiva realização de eleições indiretas para o cargo de Presidente da República e a postura proeminente e autoritária do Poder Executivo.

Com a retomada das eleições diretas para todos os cargos eletivos, após a Ditadura Militar, a Justiça Eleitoral recuperou fôlego e força, tendo sido novamente escolhida, pela Constituição de 1988, para gerenciar, organizar e fiscalizar o processo eleitoral em todo o país. No entanto, as funções desse ramo especializado do Poder Judiciário ultrapassam em muito as tradicionais dimensões contenciosa e administrativa, compreendendo diversas outras atividades, de natureza distinta. No presente trabalho, buscar-se-á não apenas compreender a estrutura fundamental do Poder Judiciário Eleitoral, mas, também,

identificar as diferentes dimensões de sua atuação.

21 A ESCOLHA DO PODER JUDICIÁRIO E A ESTRUTURA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Do ponto de vista político-constitucional, a escolha do Poder Judiciário para organização, gestão e fiscalização das eleições parece natural e desejável. Afinal, por não possuir membros eleitos, o Poder Judiciário seria capaz de oferecer maiores graus de isenção, independência e imparcialidade em comparação com os demais poderes, os quais podem ser considerados “interessados” no processo eleitoral. No entanto, surpreendentemente, o modelo é considerado excepcional no mundo, de forma que, na maior parte dos países, não existe um ramo específico do Poder Judiciário para tratar de questões eleitorais. Em alguns países, como os Estados Unidos, a organização das eleições ocorre a nível estadual (ainda que as eleições sejam federais), por uma autoridade destacada do Poder Executivo. As disputas judiciais, por sua vez, são de competência da justiça comum, estadual ou federal, conforme a matéria discutida. Em outros países, como o Uruguai, a organização das eleições e a resolução de disputas ficam a cargo da Corte Eleitoral, a qual, no entanto, não compõe a estrutura do Poder Judiciário.

Contudo, a despeito de sua aparente excepcionalidade, o sistema brasileiro vem se revelando efetivo e promissor, protagonizando sucessivos processos eleitorais de sucesso nos mais de 32 anos de vigência da Constituição de 1988. Sem dúvidas, há críticas a serem feitas à postura das Cortes Eleitorais em algumas situações, especialmente no que diz respeito à proatividade e criatividade judiciais. Nesse sentido, é fato que, por vezes, decisões judiciais e atos normativos assenhoram-se de competências típicas do Poder Legislativo, único constitucionalmente legitimado a exercer a atividade legiferante. Daí a opinião de SALGADO e ARCHEGAS (2018, p. 127-8):

Permitir la toma de las decisiones políticas fundamentales y la reforma del sistema político por once magistrados no elegidos democráticamente, que se quedan en su puesto de por vida, significa subvertir a un tiempo la democracia y el constitucionalismo, arruinando las promesas de autodeterminación y de representación política.

No entanto, de forma geral, a Justiça Eleitoral vem se mostrando peça fundamental do sistema democrático brasileiro, incorporando, inclusive, funções que extrapolam os tradicionais âmbitos administrativo e jurisdicional, em benefício, por exemplo, da democratização do debate a respeito de temas jurídicos de grande relevância política e social.

Em relação à estrutura da Justiça Eleitoral, SALGADO e ARCHEGAS (2018, p. 114) são precisos ao observarem que o desenho institucional da Justiça Eleitoral é *sui generis*, não existindo outra figura equivalente no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Nesse

sentido, a palavra dos autores:

Su posición constitucional es bastante peculiar: es parte del Poder Judicial, como justicia especializada federal, pero no tiene jueces propios, pues actúan como jueces electorales los jueces estatales, por un periodo de dos años, renovable por una vez.

Como se pode observar da leitura do art. 118 da Constituição da República, a Justiça Eleitoral não é um órgão, mas sim um sistema de órgãos (ou organismo), com competências relacionadas, direta ou indiretamente, ao processo eleitoral. Ressalta-se que, via de regra, a competência da Justiça Eleitoral apenas alcança até onde se estender o interesse do prílio eleitoral; por essa razão, questões exclusivamente de direito partidário, por exemplo, devem ser objeto de apreciação pela justiça comum.

Nos termos do art. 119 da Constituição, a Justiça Eleitoral é dirigida pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que será composto por, no mínimo, sete membros, sendo três eleitos dentre os membros do Supremo Tribunal Federal - STF, dois eleitos dentre os membros do Superior Tribunal de Justiça - STJ e dois advogados com notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pela Suprema Corte e nomeados pelo Presidente da República.

Embora a estrutura da Justiça Eleitoral não seja propriamente federativa – já que trata-se de ramo especializado federal da justiça, cujo orçamento se vincula ao orçamento-geral da União –, pode-se dizer que ela acompanha o sistema federativo, sendo integrada por vinte e sete Tribunais Regionais Eleitorais - TREs, situados na capital de cada um dos Estados e do Distrito Federal. Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos por sete membros (juízes), com mandatos de dois anos, renováveis uma vez, sendo: dois eleitos dentre os desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça; dois eleitos, dentre juízes de direito, pelo Tribunal de Justiça respectivo; um juiz federal do Tribunal Regional Federal ou juiz federal de primeiro grau, escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo; dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, nomeados pelo Presidente da República, dentre seis indicados pelo Tribunal de Justiça respectivo.

Em primeiro grau, a Justiça Eleitoral se organiza em zonas eleitorais, cada uma de competência de um Juiz Eleitoral. Os juízes eleitorais, nos termos do art. 32 do Código Eleitoral, são os juízes de direito em exercício nas comarcas correspondentes às zonas eleitorais. O parágrafo único do mesmo dispositivo esclarece que, havendo mais de uma vara na zona eleitoral, incumbirá ao Tribunal Regional Eleitoral designar qual (ou quais) juízes servirão na Justiça Eleitoral.

Por fim, cabe mencionar a existência das juntas eleitorais, colégios formados por um juiz de direito e de dois a quatro cidadãos, de notória idoneidade, cujos nomes são aprovados pelo Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do art. 36 do Código Eleitoral. A nomeação dos membros das juntas é feita pelo Presidente do Tribunal Regional que lhes aprovou e é possível que, em uma mesma zona, haja mais de uma junta eleitoral. As

juntas possuem a função de apurar o resultado das eleições realizadas nas zonas eleitorais sob sua jurisdição (podendo, para tal fim, designar escrutinadores), bem como resolver as impugnações e incidentes apresentados no curso da contagem e apuração, expedir os boletins de apuração e diplomar os eleitos para cargos municipais. A nomeação dos membros das juntas eleitorais deve ser feita até sessenta dias antes do pleito e, se houver mais de uma junta eleitoral na mesma zona, será responsável pela diplomação dos eleitos aquela que for presidida pelo juiz de direito mais antigo.

Desnecessário dizer que, após a introdução da urna eletrônica no sistema eleitoral brasileiro, o que foi feito pelo art. 59 da Lei nº. 9.504/97, o volume de trabalho das juntas eleitorais reduziu substancialmente, de forma que tornou-se muito menos comum a existência de mais de uma junta eleitoral em uma mesma zona. Os escrutinadores, por sua vez, apenas contam e apuram os votos impressos eventualmente colhidos em razão de falhas no funcionamento das urnas eletrônicas.

Compreendida a estrutura geral da Justiça Eleitoral, cabe examinar, de forma mais específica, as dimensões da atuação desse ramo especializado do Poder Judiciário, bem como a repartição das competências entre os órgãos que o compõem.

3 I AS CINCO DIMENSÕES DE ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA

A partir da revisão cuidadosa da literatura que aborda o tema, bem como da análise das tendências observadas nos tribunais eleitorais, concluiu-se a respeito da existência de cinco dimensões de atuação da Justiça Eleitoral: administrativa; jurisdicional; normatizadora; consultiva; e científica.

3.1 Dimensão administrativa

Seguindo a tradição inaugurada em 1932, o Código Eleitoral e a Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições) atribuem à Justiça Eleitoral todo o papel administrativo de organização, execução, fiscalização e publicização das eleições, do alistamento eleitoral à diplomação dos eleitos. A função destoa daquela exercida pela maior parte das instâncias judiciais. Isso porque, em regra, a atividade administrativa dos órgãos do Poder Judiciário se restringe ao âmbito interno das instituições (gerenciar pessoal, pagar salários, organizar as serventias de justiça, dentre outras atividades), não alcançando situações e fatos jurídicos externos, como ocorre com a Justiça Eleitoral e com os Juízos da Infância e Juventude (nos termos definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Por isso se pode entender que, no caso da Justiça Eleitoral, a dimensão administrativa é típica, enquanto, na maior parte dos órgãos do Poder Judiciário, corresponde a função atípica. Como bem pontuou Torquato Jardim (*apud* COSTA, 2016, p. 185), “o processo eleitoral é um processo administrativo, e o que o singulariza é a unicidade do órgão administrativo executor e do órgão judiciário incumbido do seu controle judicial”.

Em regra, a competência administrativa da Justiça Eleitoral é atribuída aos juízos eleitorais de primeiro grau, aos quais compete, por exemplo: designar os lugares de funcionamento das seções eleitorais em sua zona; nomear os membros das mesas receptoras de votos (MRVs); fiscalizar o processo eleitoral, aplicando aos infratores as sanções legalmente previstas; dirigir e promover o alistamento eleitoral de eleitores domiciliados em sua zona; dentre outras funções. No entanto, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral também exercem função administrativa, ao, por exemplo, expedirem os diplomas dos candidatos eleitos, conforme suas competências. Nos termos do Código Eleitoral, compete ao Tribunal Regional diplomar os eleitos para os cargos de Deputado Estadual, Governador e Vice-Governador de Estado, Deputado Federal e Senador. Ao Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, incumbe a diplomação dos eleitos para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.

Destaca-se que, em relação à dimensão administrativa da atuação da Justiça Eleitoral, fica afastado o princípio da inércia, típico da atividade jurisdicional. Em seu mister administrativo, os órgãos judiciários eleitorais podem e devem agir de ofício, em observância à legislação de regência do prélio eleitoral. Nesse sentido, dá-se destaque ao poder de polícia administrativa conferido aos Juízes Eleitorais, que possuem competência para fiscalizar e, independentemente de provocação dos envolvidos, aplicar sanções àqueles que violem as normas do processo eleitoral. Daí dizer que se exige do Juiz Eleitoral que se antecipe ao surgimento dos conflitos, ou mesmo aja para que não surja conflito (CASTRO, 2018, p. 43).

Como é cediço, a tarefa de organizar, conduzir e fiscalizar o processo eleitoral, de ponta-a-ponta, não é simples, e demanda a atuação concertada de diversos agentes, atores, órgãos e instituições. Além disso, é essencial que os procedimentos relativos à atividade administrativa da Justiça Eleitoral sejam transparentes, abertos e permitam a efetiva participação popular, em homenagem ao próprio princípio democrático. Nesse sentido, pode-se dizer que aos órgãos eleitorais se impõe uma administração democrática, que garanta a segurança, legitimidade e normalidade das eleições, transmitindo confiança a eleitores e eleitos.

3.2 Dimensão jurisdicional

Juntamente com a dimensão administrativa, a dimensão jurisdicional é considerada clássica na Justiça Eleitoral, tendo sido, inclusive, enunciada pelo Decreto nº. 21.076/1932, primeiro instituidor desse ramo do Poder Judiciário. A dimensão jurisdicional é exercida sempre que o órgão eleitoral resolve uma questão jurídica de direito material de interesse das partes (ou da parte), relacionada ao pleito eleitoral. Ao contrário do que ocorre com o exercício da função administrativa, a atuação jurisdicional apenas se dá mediante provocação, sendo exigida da parte a representação por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (salvo se tratar-se de advogado atuando em causa

própria).

Em regra, a dimensão jurisdicional da Justiça Eleitoral é exercida quando existe um conflito de interesses entre duas ou mais partes, como nos casos de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME, Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE, representações judiciais eleitorais e impugnações em geral. Nesses casos, o pronunciamento do direito material culminará na resolução do conflito.

Contudo, em algumas hipóteses, a atividade jurisdicional será exercida independentemente da existência de conflito entre as partes (ou mesmo quando houver apenas uma parte). É o caso, por exemplo, do processo de registro de candidatura. Nessa ação, o órgão competente exerce a jurisdição, resolvendo a respeito do deferimento ou indeferimento do registro. Não se trata de mera função administrativa, já que, não raro, o órgão eleitoral deverá pronunciar-se sobre questão de direito material, suscetível de gerar coisa julgada. Inclusive, poderão ser conhecidas de ofício as causas que acarretem a inelegibilidade do pretenso candidato ou a ausência de condições de elegibilidade, nos termos da Súmula nº. 45, do Tribunal Superior Eleitoral:

Nos processos de registro de candidatura, o juiz eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, acredita-se que, ainda que não exista conflito, pode a Justiça Eleitoral exercer função jurisdicional, sempre que sua atuação envolver a resolução de um questão jurídica de direito material, a qual, em tese, possa produzir a coisa julgada. Embora CASTRO (2018, p. 44) adequadamente reconheça que a função jurisdicional envolve o pronunciamento judicial acerca de questão relativa a direito material, o autor associa essa dimensão da atuação da Justiça Eleitoral à existência de um conflito de interesses entre partes contrapostas, o que, como demonstrado, não parece ser elemento essencial da função jurisdicional eleitoral.

A função jurisdicional é exercida pelos Juízes Eleitorais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais e pelo Tribunal Superior Eleitoral, cada um em sua esfera de competência, na forma fixada pelo Código Eleitoral. Os tribunais eleitorais, em matéria jurisdicional, possuem um rol de competências originárias e um rol de competências recursais, definidos em conformidade com a abrangência do processo eleitoral em questão e os cargos disputados.

Como é cediço, a função jurisdicional dos juízes e tribunais eleitorais é imprescindível à garantia da legitimidade, da normalidade e da justiça do processo democrático, por meio da resolução dos litígios emergentes e do adequado manejo do direito material.

3.3 Dimensão normatizadora

O art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral dispõe sobre a dimensão normatizadora da atuação Justiça Eleitoral, ao prever que “compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”.

Conforme ensina CASTRO (2018, p. 54), “as resoluções facilitam sobremodo o trabalho dos operadores do Direito Eleitoral, porque o TSE acaba consolidando nelas não só toda a legislação eleitoral em vigor, como também sua jurisprudência mais recente e o resultado das consultas a ele dirigidas”. Vale comentar, ainda, que o Tribunal Superior Eleitoral, em sua jurisprudência, já possui decisão no sentido de que as resoluções por ele editadas possuem “força de lei geral”, de forma que a “ofensa a sua letra expressa motiva recurso especial” (RESPE nº. 1.943/RS).

Questão doutrinária ainda pungente diz respeito à extensão da competência normatizadora do Tribunal Superior Eleitoral. À luz do mencionado art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral, bem como do art. 105 da Lei nº. 9.504/97, não há dúvidas a respeito da existência de competência regulamentar por parte da Justiça Eleitoral. Isto é, da possibilidade de o Tribunal Superior editar normas secundárias, de forma a especificar, determinar ou tornar exequível a lei formal, sem, contudo, ampliar ou limitar seus alcances. No entanto, há discordância doutrinária a respeito da possibilidade jurídica do emprego das resoluções como fonte normativa primária, com fundamento direto na Constituição Federal, com inovação do ordenamento jurídico.

Essa segunda hipótese – capacidade de produção de normas primárias – normalmente é referida pela doutrina através do termo “competência normativa”. Neste trabalho, por razões de clareza conceitual, decidiu-se pelo emprego do termo “competência normatizadora”, como gênero que englobaria as espécies “regulamentadora” e “normativa”.

Alguns autores, como CASTRO (2018, p. 54), sustentam que o “poder normativo conferido à Justiça Eleitoral tem natureza apenas regulamentar”, de forma que a resolução “se assemelha muito ao decreto”. A ideia é acompanhada por COSTA (2013, p. 110), que é categórica a respeito do tema:

Utilizando-se do poder normativo, o qual não tem na Constituição sua atribuição, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio de atos normativos, limita direitos fundamentais e determina as regras do processo eleitoral às vésperas do início da campanha eleitoral. Consequência dessa atuação protagonista foram as alterações das conjunturas políticas, que levaram ao que se chama de “judicialização” do processo eleitoral. Deve-se analisar com ressalvas as práticas legislativas da Justiça Eleitoral, uma vez que a mesma não tem tal competência. O fato concreto é que as resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, de forma indistinta, estão inovando no mundo jurídico, em flagrante desvirtuamento das competências estabelecidas constitucionalmente.

Na mesma senda, autores como SALGADO e ARCHEGAS (2018, p. 115) criticam o protagonismo e a inovação do ordenamento jurídico pela Justiça Eleitoral, pontuando que

Con dicho diseño institucional, agregado a una práctica de autorreconocimiento de facultades normativas no previstas en la Constitución, la Justicia Electoral es la protagonista en la política brasileña. Son frecuentes las decisiones en contra la soberanía popular, la invalidación de elecciones y la casación de mandatos electivos. Sus eventuales abusos y errores pueden ser corregidos

exclusivamente por el Supremo Tribunal Federal, quien muy raramente rechaza las decisiones del Tribunal Superior Electoral, quien, a su vez, tiene entre sus once miembros a tres que también actúan en el órgano de cúspide de la Justicia Electoral (y, por lo tanto, deciden dos veces).

Outros autores, como DELGADO (1995, p. 16), adotam posição distinta, admitindo a legitimidade das inovações da ordem jurídica realizadas por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, desde que não contrariem norma legal formal nem prejudiquem o exercício de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Nas palavras do autor,

é aceitável que em se tratando de Direito Eleitoral, a ação do regulamento não se limite, apenas, a interpretar a lei e a ditar regras ligadas à sua execução, pelo que deve-se-lhe permitir, com caráter normativo, impor a obrigatoriedade de determinadas condutas aos sujeitos ativos e passivos do processo eleitoral;

A seu turno, MACEDO (2013, p. 13.883) entende que a competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, de inovação da ordem jurídica, é subsidiária, apenas podendo ser exercida se não existir lei formal que se pronuncie sobre a matéria ou proíba a Justiça Eleitoral de regulamentá-la. Conforme sustenta a autora,

No vácuo legal, a competência normativa do TSE é plena, subordinando-se apenas à Constituição (não há lei que trate da matéria), cuja força normativa autoriza ou pelo menos não desautoriza o exercício dessa função atípica. Vigora, no âmbito jurisdicional, o princípio de que é vedado o *non liquet*. Mas às vezes, o vazio da regulamentação não pode ser atribuído à casuística dos julgamentos de caso a caso, exigindo uma normatização a tornar tais casos passíveis de solução uniforme, equânime, o que se agudiza no âmbito do processo eleitoral.

A discussão mais aprofundada a respeito da legitimidade da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral demandaria análise muito mais aprofundada do que aquela que se pretende no presente trabalho. Fato é, no entanto, que essas inovações na ordem jurídica são reais e atuais, e, portanto, devem ser consideradas dentre as dimensões de atuação da Justiça Eleitoral.

À luz do que foi discutido, vê-se que a dimensão normatizadora da atuação da Justiça Eleitoral compreende tanto o escopo regulamentador quanto o escopo normativo, e constitui peça fundamental na composição do arcabouço normativo jurídico-eleitoral.

3.4 Dimensão consultiva

A dimensão consultiva da atuação da Justiça Eleitoral encontra fundamento nos arts. 23, inciso XII, e 30, inciso VIII, do Código Eleitoral, os quais atribuem aos tribunais eleitorais a função de responder às consultas em matéria eleitoral, em tese, formuladas pelas pessoas legitimadas por lei. No caso das consultas formuladas por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, será competente o Tribunal Superior Eleitoral. Se formuladas por autoridades públicas ou partidos políticos em geral, será competente o respectivo Tribunal Regional.

Essa função consultiva, particular no âmbito do Poder Judiciário, possibilita que os interessados formulem questões sobre a aplicação do ordenamento jurídico em tese, sendo possível, ainda, que modulem seus comportamentos segundo o posicionamento exarado pelo tribunal. Como acertadamente pontua COSTA (2018, p. 54), “a consulta, em última análise, pode contribuir para a segurança jurídica, desde que o Tribunal assuma o compromisso ético e institucional de manter o entendimento nela manifestado, pelo menos durante o processo eleitoral a que se refere”.

3.5 Dimensão científica

Além das quatro dimensões de atuação já analisadas, que são menções comuns na doutrina, vislumbra-se, também, uma quinta esfera de atuação da Justiça Eleitoral: a científica. Especialmente nos últimos anos, os tribunais eleitorais têm intensificado a promoção de eventos científicos, competições acadêmicas e seminários, de forma a ampliar, motivar e especializar os estudos e discussões a respeito da dogmática e da efetividade do Direito Eleitoral.

Nesse processo, as escolas judiciais dos tribunais têm exercido papel fundamental, seja organizando, apoiando ou divulgando iniciativas destinadas à abordagem científica dos institutos jurídicos eleitorais, muitas vezes, em conjunto com outros órgãos ou instituições. Não raro, a atuação da Justiça Eleitoral na dimensão científica também é eficaz na promoção de segurança jurídica a eleitores e eleitos, e na construção de processos eleitorais mais transparentes e justos.

Nesse sentido, menciona-se, por exemplo, a iniciativa do Tribunal Superior Eleitoral e de sua escola judiciária (EJE/TSE) na promoção da I Jornada de Direito Eleitoral, evento científico e doutrinário destinado à formulação, discussão e aprovação de teses e enunciados que pudessem contribuir para a consolidação jurisprudencial e interpretação do Direito Eleitoral.

Essa dimensão de atuação da Justiça Eleitoral, para além de estimular o estudo científico do Direito Eleitoral, contribui, também, para a democratização da matéria eleitoral e para a ampliação da participação popular na formação da vontade jurídico-democrática e representativa.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Eleitoral compõe o Poder Judiciário, sendo certo que possui estrutura e competências *sui generis*, diversas das demais instituições judiciárias, mesmo as especializadas. Embora, em alguns casos, sua atuação possa suscitar críticas legítimas, são notórias suas contribuições para a manutenção e aprimoramento da democracia representativa brasileira, bem como para a concretização dos valores fundamentais da cidadania, do pluralismo político e da dignidade da pessoa humana.

Além disso, indene de dúvidas de que o papel da Justiça Eleitoral é multidimensional,

e ultrapassa substancialmente a simples organização das eleições. É possível classificar as dimensões de atuação (ou funções) da Justiça Eleitoral em: administrativa, jurisdicional, normatizadora (que engloba as sub-dimensões regulamentar e normativa), consultiva e científica.

Acredita-se que o presente trabalho pode contribuir com o debate relativo à natureza e às funções desse ramo cada vez mais importante de nosso Estado Democrático – o qual, talvez por essa razão, seja tão atacado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, Abr./Jun. 2003.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**. 10. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Tailaine Cristina. **Justiça eleitoral e sua competência normativa**. Revista Paraná Eleitoral, Curitiba, v. 2, p. 99-114, mar. 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/display/328078882?source=3>. Acesso em: 6 jul. 2021.

DELGADO, José Augusto. **A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, n. 127, p. 109-118, 1995.

MACEDO, Elaine Harzheim. **A função normativa da justiça eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Lisboa, v. 2, n. 12, p. 13871-13884. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13871_13884.pdf. Acesso em: 6 jul. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree; ARCHEGAS, João Victor. **El Poder Judicial como protagonista en la definición de las reglas de la competición electoral en Brasil**. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, v. 1, p. 107, 2018.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilidação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocritica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Aborto 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 123

C

Cível 32, 226, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 236, 238

Crime organizado 56, 58, 59, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85

D

Desriminalização 1, 2, 10, 11, 13, 14, 15

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 75, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 105, 108, 109, 112, 113, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 179, 180, 183, 184, 185, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 206, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 227, 228, 229, 235, 238, 239, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252

E

Eleitoral 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251

Esquecimento 19, 104, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165

Estado de exceção 17, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28

Estado de necessidade 21, 23, 26, 43, 59, 60, 61, 62, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129

F

Feminino 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 131, 135, 166, 169, 171, 172, 173, 177

Fenômeno 71, 154, 155, 158, 163, 164, 168

Funcionamento 42, 81, 83, 95, 160, 162, 218, 238, 245, 246

H

Humanização 112, 113, 116, 117

I

Infantil 107, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179

J

Justiça 2, 4, 7, 26, 30, 40, 42, 55, 56, 57, 58, 64, 65, 85, 90, 91, 96, 98, 101, 111, 112, 117, 134, 135, 136, 138, 140, 145, 146, 147, 157, 158, 163, 183, 188, 219, 220, 221, 223, 230, 231, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251

L

Legítima defesa 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 120, 123, 133, 134, 139

M

Métodos alternativos de solução de conflitos 216

Multidimensional 154, 250

P

Penal 13, 32, 38, 40, 56, 57, 60, 68, 71, 78, 81, 82, 88, 89, 94, 95, 102, 105, 106, 111, 112, 113, 117, 118, 126, 132, 133, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 152, 157, 158, 190, 234

Presídio 72, 73, 75, 76, 90, 92, 103, 106

Princípio da unicidade sindical 180, 183, 190, 193, 194, 195, 196, 197

Pro Reo 137, 138, 139

Prova ilícita 137, 138, 139

R

Revista vexatória 86, 87, 90, 91, 98, 100, 102

S

Segurança 23, 25, 30, 31, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 73, 74, 75, 78, 79, 82, 84, 86, 87, 88, 90, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 111, 120, 130, 134, 143, 150, 155, 156, 160, 183, 186, 208, 213, 228, 229, 246, 250

Sindicato 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 220, 223

T

Trabalho 25, 31, 35, 36, 37, 38, 41, 53, 55, 56, 68, 69, 89, 93, 106, 109, 113, 115, 118, 132, 134, 135, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225,

227, 228, 230, 235, 241, 242, 245, 248, 249, 251

U

Über 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

2

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

2

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br