

Fernanda Miler Lima Pinto  
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE  
**DIREITO E**  
**SOCIEDADE:**  
fundamentos e práticas

7

# **Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas**

## **Vol. VII**

Prof.<sup>a</sup> Ma. Fernanda Miler Lima Pinto  
(Organizadora)

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizadora**

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

## **Capa**

AYA Editora

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
*Universidade Norte do Paraná*

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa  
*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes  
*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes  
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
*Instituto Federal do Acre*

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
*Universidade Federal do Piauí*

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
*Instituto Federal de Santa Catarina*

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

---

R3326 Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 297 p.

v.7

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-213-5

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170

1. Direito. 2. Associações sem fins lucrativos. 3. Organizações não-governamentais. 4. Assistência social. 5. Direitos humanos – Brasil. 6. Criminosos – Reabilitação - Brasil. 7. Prisão - Brasil. 8. Direito do trabalho - Brasil. 9. Licença-maternidade - Legislação – Brasil. 10. Delação premiada (Processo penal). 11. Tráfico humano. 12. Notícias falsas. 13. Direitos autorais - Brasil. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI**

**AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150



# SUMÁRIO

**Apresentação.....11**

**01**

**O papel do assistente social na casa de apoio (ONGs) de crianças e adolescentes com câncer .....12**

Débora Kallyne Pinheiro  
Ana Beatriz da Silva Leitão  
Jorliane Oliveira Almeida  
Sabrina Cordeiro Alves Maia

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.1

**02**

**A atuação do assistente social no âmbito prisional .....20**

William Ricardo Petter

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.2

**03**

**Remoções administrativas: violações de direitos perpetradas pelo estado brasileiro.....28**

Wilza Carla Folchini Barreiros

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.3

**04**

**Stalking e Cyberstalking: uma violação à privacidade e à intimidade .....41**

Jair Ilídio da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.4

# 05

## **A tutela jurisdicional dos seres sencientes.....50**

Jair Ilídio da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.5

# 06

## **Direitos humanos e sistema prisional.....59**

Pierre de Oliveira Menegoni

Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.6

# 07

## **Políticas públicas de apoio ao egresso do sistema prisional .....67**

Marco Antônio Hansen

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.7

# 08

## **As relações de trabalho e os direitos dos trabalhadores nos tempos de pandemia .....76**

Wanessa dos Santos França

Ícaro Maia Chaim

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.8

# 09

## **Doenças adquirida nas relações de trabalho: reflexos e consequências.....91**

Maria Auxiliadora de Brito Almeida

Ícaro Maia Chaim

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.9

# 10

**O cumprimento da proteção à maternidade no ambiente de trabalho, de acordo com a sessão V da lei 5.452/1943, Consolidação das leis trabalhistas .....107**

Daniele Sousa de Oliveira  
Ícaro Maia Chaim

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.10

# 11

**Delação premiada frente aos direitos fundamentais em matéria penal e seus limites probatórios .....120**

Rogério Luís Serôdio  
Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.11

# 12

**O aborto legal no código penal de 1940: controle de práticas ou promoção de direitos reprodutivos? .....137**

Bárbara Madruga da Cunha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.12

# 13

**A adolescência e a violência de acordo com a criminalidade e vulnerabilidade social.....147**

Pablo Assis Almeida Fraga

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.13



# 14

## **Estupro de vulnerável bilateral .....154**

Aryel Capistano de Souza  
Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.14

# 15

## **O caráter ressocializador da lei de execução penal .....171**

Pierre de Oliveira Menegoni  
Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.15

# 16

## **Da Casa Verde à sucursal do inferno: o alienista e o mito da reabilitação .....181**

Higor Alexandre Alves de Araujo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.16

# 17

## **Novo código de processo civil: reflexões expectativas e aplicabilidade frente à atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça .....196**

Fábio José Furtado Remedios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.17

# 18

## **O princípio da proporcionalidade e a limitação dos direitos fundamentais.....211**

Marco Antônio Hansen  
Rodrigo Sehn

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.18

# 19

## **Condução do sistema prisional .....221**

Pierre de Oliveira Menegoni  
Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.19

# 20

## **Cargos em comissão: uma análise crítica.....228**

Tiago Bohm

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.20

# 21

## **“De volta para o futuro”: o tempo como fato jurídico .....238**

Ivan legoroff de Mattos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.21

# 22

## **A maioria do incidente de deslocamento de competência .....250**

Livia Louzada de Moraes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.22

# 23

## **Reflexões sobre as novas regras de repartição de royalties do petróleo .....262**

Livia Louzada de Moraes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.23

# 24

**Apontamentos sobre o caso do reconhecimento facial a partir de videomonitoramento em vias públicas para fins penais no Brasil .....274**

Fernanda Miler Lima Pinto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.24

**Organizadora .....288**

**Índice Remissivo .....289**

# Apresentação

---

Prezados(as) leitores(as),

É com grande satisfação que apresentamos o livro “**Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas - Volume 7**”. Nesta obra, trazemos uma coletânea de 24 capítulos que abordam diferentes temas relacionados ao Direito e à Sociedade, contribuindo para a compreensão dos fundamentos e práticas dessas áreas.

Os primeiros capítulos discutem o papel do assistente social na casa de apoio de crianças e adolescentes com câncer e sua atuação no âmbito prisional, destacando desafios e possibilidades para a promoção de direitos humanos e a garantia de uma sociedade mais justa.

Em seguida, os capítulos abordam temas como remoções administrativas, stalking e cyberstalking, tutela jurisdicional dos seres sencientes, direitos humanos no sistema prisional e políticas públicas de apoio ao egresso do sistema prisional.

Outros capítulos analisam questões relacionadas ao mundo do trabalho, como as relações trabalhistas nos tempos de pandemia, doenças adquiridas no ambiente de trabalho e a proteção à maternidade.

Também são discutidos temas relacionados ao Direito Penal, como a delação premiada frente aos direitos fundamentais e o aborto legal no código penal de 1940. Além disso, o livro traz reflexões sobre a adolescência e a violência, o estupro de vulnerável bilateral e o caráter ressocializador da lei de execução penal.

Outros temas abordados incluem a condução do sistema prisional, cargos em comissão, tempo como fato jurídico, princípio da proporcionalidade e limitação dos direitos fundamentais, maioria do incidente de deslocamento de competência, as novas regras de repartição de royalties do petróleo e reconhecimento facial.

Em suma, o livro oferece uma leitura enriquecedora e instigante para estudiosos e profissionais do Direito, bem como para todos aqueles interessados em compreender e refletir sobre os desafios e as possibilidades da sociedade contemporânea.

Boa leitura e bons estudos!

**Prof.<sup>a</sup> Ma. Fernanda Miler Lima Pinto**



**O papel do assistente social na casa de apoio  
(ONGs) de crianças e adolescentes com  
câncer**

---

Débora Kallyne Pinheiro  
Ana Beatriz da Silva Leitão  
Jorliane Oliveira Almeida  
Sabrina Cordeiro Alves Maia

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.1

## RESUMO

O presente estudo visa demonstrar os desafios, os dilemas e o papel fundamental do assistente social nas casas de apoio a crianças e adolescentes com câncer, destinando seu funcionamento ao atendimento dos pacientes oncológicos. A formação de organizações não governamentais (ONGs), de instituições filantrópicas sem fins lucrativos, são demonstrações do sistema de acumulação capitalista, em que a sociedade civil passa a substituir o Estado em atribuições que deveriam ser de sua responsabilidade. Abordaremos a questão do Terceiro Setor e suas novas perspectivas de ação, para melhorar a compreensão sobre sua contribuição como executor de Políticas de Assistência Social para portadores de câncer infanto-juvenil. Utilizamos a pesquisa exploratória, com método quantiquantitativo, norteadas pela abordagem dialética.

**Palavras-chave:** organizações não governamentais. terceiro setor. políticas de assistência social.

## INTRODUÇÃO

O estudo partiu da necessidade de demonstrar o trabalho do assistente social numa Organização não Governamental que atenda crianças e adolescentes com câncer. Existem ONGs para todos os tipos de causas: educação, inclusão social, saúde, meio ambiente, entre outros. Seu campo de atuação é vasto, mas pouco se sabe sobre seus aspectos principais, o que ela trata, qual seu papel na sociedade, quem ela atinge, entre outros fatores. Com este estudo conheceremos melhor o trabalho de uma casa de apoio que trata de crianças e adolescentes com câncer em São Luís - MA, apreciaremos o seu trabalho e em que elas ajudam os seus assistidos tendo como objetivo demonstrar o papel fundamental do assistente social nessas casas de apoio, destinando o funcionamento destas ao atendimento aos assistidos. O objetivo é conscientizar a sociedade de que há sim o problema, porém, acima de tudo há a possibilidade de ajudar a amenizá-lo, com organização, boa vontade e conhecimento de como atuar na área.

O Serviço Social no campo do “terceiro setor” vive uma ausência, no sentido de reconhecermos o espaço das ONGs e a filantropia empresarial como estratégias de esvaziamento de direitos sociais, ao mesmo tempo em que o assistente social enquanto trabalhador assalariado não tem condições de recusar sua inserção nesse campo sócio-ocupacional, pois depende da venda de sua força de trabalho. O trabalho do Serviço Social possui na raiz profissional os dilemas da alienação e das determinações sociais que afetam a coletividade dos trabalhadores.

Refletir sobre a prática profissional dos assistentes sociais em organizações não governamentais implica necessariamente adentrar no debate sobre limites e possibilidades dessa atuação, no aprofundamento do conceito de mediação social e nas contribuições profissionais para o fortalecimento da sociedade civil brasileira. (MAXWELL,2015)

Observa-se que as ONGs não são a sociedade civil. Na verdade, são expressões condensadas de relações sociais, econômicas, políticas e culturais, que aparecem enquanto canais por onde a sociedade civil, principalmente a massa pauperizada, está sendo atendida. Portanto, as ONGs, são parte da sociedade civil que nos leva a considerar que também são “arenas” de lutas e disputas de projetos societários.

Utilizou-se como proposta metodológica pesquisas bibliográficas coletas de dados, atra-



vés de pesquisa documental e entrevistas semi-estruturadas com acompanhantes das crianças atendidas pela Instituição e profissionais da área forneceram os subsídios necessários para a realização deste estudo. Que segundo Lakatos e Marconi, 2002:

Quanto aos meios, a investigação se caracteriza como uma pesquisa de campo. Este tipo de pesquisa possibilita a obtenção de informações e/ou conhecimentos sobre um determinado problema para o qual se busca obter resposta, assim como a possibilidade de descobrir novos fenômenos ou relações que possam existir entre eles. Consiste na observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem (LAKATOS E MARCONI, 2002)

## **ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR OU ONGS**

Apesar do sentido ser o mesmo para os termos Terceiro Setor ou ONGs, a última denominação tem sido mais vinculada às organizações que tenham suas finalidades direcionadas a questões que atingem mais genericamente à coletividade (meio ambiente, doenças infecto-contagiosas, etc.).

Terceiro setor é aquele que congrega as organizações que, embora prestem serviços públicos, produzam e comercializem bens e serviços, não são estatais, nem visam lucro financeiro com os empreendimentos efetivados, estando incluídas aqui, portanto, as associações, sociedades sem fins lucrativos e fundações. Apesar do sentido ser o mesmo para os termos Terceiro Setor ou ONGs, a última denominação tem sido mais vinculada às organizações que tenham suas finalidades direcionadas a questões que atingem mais genericamente à coletividade (meio ambiente, doenças infecto-contagiosas, etc.). (RESENDE, 2015).

Na prática e tecnicamente correto, podemos dizer que, genericamente, as entidades do Terceiro Setor ou as ONGs são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (sociedades civis, associações e fundações) e que todas elas podem ser denominadas institutos ou serem consideradas como tal.

### **As políticas sociais no Brasil**

Ao se discutir as políticas sociais na atual conjuntura brasileira, a questão da lógica do seu financiamento, prestação de benefícios e serviços, bem como sua produção, percebe-se que tais questões ocupam lugar central no debate atual, e que se desdobra em termos da compatibilidade entre os objetivos propostos por cada política setorial, e dos respectivos programas aí presentes, da área social; da disponibilidade, origem e constância dos recursos disponíveis e previstos para sua efetivação; e da sua eficiência quanto a atingir os objetivos e o público-alvo previamente definidos. (COHN, 2009, p.02).

Não é novidade que as políticas e programas sociais no Brasil não preenchem esses quesitos, entender sua lógica e buscar elementos que permitam transmitir outra racionalidade torna-se tarefa das mais urgentes para a construção de uma sociedade mais igualitária, vale dizer, mais democrática.

### **Serviço social e as ONGs**

Uma análise sobre a atuação do assistente social em organizações não governamentais (ONGs) deve partir da reflexão sobre a formação da sociedade civil brasileira, nos diferentes momentos históricos e de suas relações com o Estado e entre os diversos sujeitos sociais.

No Brasil, as ONG's originaram-se de um processo marcado por um prolongado período de ditadura militar e de um recente período de abertura democrática o qual gestou uma nova sociedade civil organizada, conduzindo lutas e multiplicando princípios como participação, descentralização e universalização de direitos sociais.

Na Constituinte de 1988, foi alavanca fundamental na conquista dos direitos sociais, vislumbrando para maioria da população, a possibilidade de se encararem como cidadãos; concomitantemente, conquistaram seu reconhecimento social e político através do alargamento do conceito e representação de entidade e de ONG pela Lei Orgânica da Assistência Social de 1993. Ou seja, a aproximação entre o Serviço Social e as ONG's - resultado de um processo dinâmico de conflitos, contradições e consensos – se efetiva através de um instrumento legal fundamental para a categoria dos assistentes sociais – a LOAS. (AMARAL, 2015).

O termo ONG é objeto de disputa de significados na sociedade brasileira, pois abrigam diversas organizações, com diferenças de origem, trajetória, compromissos, objetivos, formas de organização e métodos de ação. Observa-se uma multiplicação de novas organizações sem fins lucrativos, entidades assistenciais, organizações de ações solidárias, fundações empresariais, etc. O debate em torno das ONGs e, conseqüentemente, da atuação do Serviço Social nesse campo, envolve temas como a relação Estado - sociedade civil.

### **O surgimento da Fundação Antonio Jorge Dino e sua casa de apoio Criança feliz para pacientes infanto-juvenil oncológicos em São Luís-Ma**

Único Hospital Especializado no Combate ao Câncer no Estado do Maranhão, o Instituto Maranhense de Oncologia Aldenora Bello possui 159 leitos divididos entre apartamentos, enfermarias de clínicas cirúrgicas, médica e pediátrica, radioterapia e UTI. Considerado referência nacional, o IMOAB tem conquistado números excepcionais no atendimento médico-hospitalar da população. Além dos serviços de diagnóstico e tratamento através do seu quadro de especialistas nas mais diversas áreas da medicina. O referido Instituto é o único no Estado para tratamento de pacientes com patologia oncológica, e a nossa clientela advém de pacientes da capital e do interior do Estado. Porém, não podemos deixar de mencionar o grande volume de pacientes com diagnóstico de patologia benigna atendidos.

No Instituto Maranhense de Oncologia Aldenora Bello, são: 159 leitos 10 leitos de UTI 40 mil procedimentos por ano com: 29 leitos na pediatria – ala ampliada com recursos do McDia Feliz no início de 2013 e em média são diagnosticados e tratados 3.000 mil novos casos de câncer por ano, além dos casos já existentes. É 20º Hospital do país em cirurgia oncológica, o único de alta complexidade em oncologia e tratamento oncológico do Estado a frente do Hospital São Marcos de Teresina e Instituto do Câncer do Ceará (ICC).

De uma maneira precária, o tratamento de câncer no Maranhão começou no Instituto de Radiologia, localizado na Rua São João, no Centro de São Luis. A radioterapia era feita no Centro Médico, mas devido à falta de condições para o tratamento, muitos pacientes deixavam o estado para se tratarem em Teresina, no Piauí.

Diante dessa situação, a então presidente nacional da Rede Feminina de Combate ao Câncer, senhora Carmen Annes Dias Prudente, visitou o estado durante o governo de Newton Bello e fundou, com a primeira-dama Aldenora Bello, a Rede Feminina de Combate ao Câncer, no estado, em 1962, tendo a senhora Aldenora Bello sido a sua primeira presidenta. A rede

consistia numa sala para os médicos, uma para as voluntárias e uma enfermaria, no bairro do Monte Castelo. Aldenora Bello foi depois substituída pela senhora Helena Moraes Correia, na presidência da Rede.

A primeira providência de Antonio Dino, como presidente da Liga, foi reunir o Conselho Diretor e sugerir o próprio nome para diretor do Hospital. Disse ele na reunião: O cargo de Diretor, de acordo com os estatutos da Liga, é remunerado. No momento não temos como pagar. Não posso exigir de nenhum colega que trabalhe sem receber salário, portanto sugiro meu nome para Diretor e comunico a todos que trabalharei como voluntário o tempo que for necessário. Ele assim o fez, até sua morte, em 1976.

A primeira grande cirurgia de câncer no estado ocorreu no dia 23 de maio de 1978. Tratava-se de um câncer de mama. Os médicos Antonio Augusto Fernandes Ribeiro e Antonio do Espírito Santo Monteiro Neto foram os responsáveis pela operação. A Dra. Célia Jorge Dino Cossetti, então acadêmica de medicina, fez a instrumentação.

Em 1985, com a chegada de José Sarney à Presidência da República, lá estava Enide, novamente, advogando para a Fundação. O Presidente concordou em construir e equipar o Hospital Câncer e no dia 9 de abril de 1989, foi inaugurado o novo Hospital “Aldenora Bello” - único hospital de referência no combate ao câncer no Estado do Maranhão. Realizava-se, assim, o sonho da vida de Enide e Antonio Dino.

Atualmente são cerca de pouco mais de 3.200 novos casos detectados e tratados por ano pelo Instituto. A história do combate ao câncer no Estado do Maranhão já dura mais de quatro décadas, graças a Fundação Antonio Jorge Dino, mantenedora do Instituto Maranhense de Oncologia Aldenora Bello, que de uma pequena sala de voluntárias evoluiu para uma Fundação que se tornou referência nacional. Possuem duas casas de apoio que atendem a centenas de pacientes carentes do interior do estado, contam com o trabalho de um forte núcleo de voluntários e com a infraestrutura de um hospital especializado no tratamento de câncer.

O hospital possui duas casas de apoio, dentre elas a Casa de apoio Criança Feliz, Criada para atender crianças e adolescentes com câncer vindas do interior do estado. Recebem apoio de voluntários e profissionais especializados e participam de vários programas e atividades educativas. Porém, a Fundação pretende construir uma nova Casa de Apoio Criança Feliz, este é o objetivo da campanha McDia Feliz de 2013, que é coordenado nacionalmente pelo Instituto Ronald McDonald e que, no Maranhão, é realizado pela Fundação Antonio Jorge Dino. Uma casa mais ampla, mais confortável e adaptada às necessidades de seus pequenos hóspedes com capacidade de 20 leitos.

## **METODOLOGIA**

### **A pesquisa realizada**

Através de um ofício levando no setor administrativo da Fundação Antonio Jorge Dino solicitei a autorização para realização da pesquisa de campo na casa de apoio Criança Feliz em um prazo estabelecido pela instituição de uma semana. Cujo o foco central da nossa pesquisa era descobrir como é desenvolvido o trabalho assistencial em ONGs para acolher crianças de

adolescentes com câncer.

Para Nascimento (2002), “a pesquisa exploratória tem por objetivo permitir um aprofundamento maior sobre temas ou questões com as quais o pesquisador não esteja muito familiarizado ou que disponha de poucas informações.”

A pesquisa foi iniciada com umas das assistentes sociais da instituição através de uma conversa informal, onde auxiliou como desenvolver o trabalho, as pessoas mais indicadas para nos acompanhar e responder os questionamentos bem como uma visão geral da casa de apoio, a mesma ficou a disposição sempre quando necessário.

Com a intenção de fazer um levantamento geral sobre a realidade que o terceiro setor tem em se manter como instituição filantrópica, foi elaborado um questionário que abrangia dados demográficos e dados da casa de apoio. O questionário foi realizado com uma assistente social, uma psicopedagoga e um administrativo que responderam um total de 14 perguntas.

O total de crianças assistidas na instituição é de 89 (oitenta e nove), dessas, 45 (quarenta e cinco) permanecem na casa de apoio por serem oriundas do interior, as demais fazem o tratamento e retornam ao seus lares devido ao espaço não comportar a todas. A idade das crianças varia entre recém nascido até de dezesseis anos, com a maior parte do sexo masculino.

A casa de apoio Criança Feliz hoje conta com dez funcionários efetivos e quarenta e sete voluntários. Todo este contingente está distribuído em diversos setores como: limpeza, cozinha, secretária, pedagogia, enfermagem entre outros. Porém, os critérios para o voluntariado são: disponibilidade de três a quatro horas por semana, ser maior de idade e amor pelo trabalho.

Para Almeida (2003), os profissionais são responsáveis por gerenciar a instituição, captar recursos, coordenar as atividades dos voluntários, desenvolver projetos, criar políticas sociais, interagir com a comunidade, entender a legislação do setor.

A maioria das atividades desenvolvidas na casa de apoio acontece com o auxílio de uma psicopedagoga, devido à ausência no local de um profissional de assistência social fixo. Porém, são realizadas reuniões uma vez por semana de dois ou três meses, aonde é solicitada a presença dos assistentes sociais do hospital pela psicopedagoga. Outras funções desempenhadas pelo assistente social do hospital é receber, atender e prestar auxílio, bem como esclarecer a estas famílias sobre seus direitos.

Em relação às programações anuais nas datas comemorativas são feitos passeios em circo, teatro, shopping entre outras locais, com a ajuda de uma equipe de voluntários como os anjos da enfermagem que dão suporte a casa de apoio.

Dentre os maiores desafios da casa de apoio Criança Feliz está o fato de ser a única instituição de referência para tratamento oncológico, então existe muita procura e pouco espaço e as maiores conquistas são as crianças recuperadas.

Finalizando este campo de instrumento de pesquisa incluímos questões abertas com alguns profissionais da instituição como: “Se você fosse resumir em uma frase o que significa o seu trabalho na casa de apoio Criança Feliz o que você diria?”.

Analisando o conteúdo das respostas, atribuindo frequência aos argumentos mais utilizados é sempre dado destaque a algumas palavras em suas falas, como: esperança, alegria, educação, amor, motivação e objetivo. Todas essas palavras foram descritas na resposta de

profissionais que demonstram importância pelo seu trabalho despertando uma motivação nas crianças com finalidade de melhorar o seu dia difícil. Isso confirma as informações encontradas na literatura sobre o tema terceiro setor.

Segundo Hudson (1999), o terceiro setor é composto por organizações que são orientadas por valores, pois são criadas e mantidas por pessoas que percebem as mudanças como necessárias e que, por isso, assumem responsabilidades e lutam com o objetivo de tornar realidade aquilo que desejam para a sociedade; o mesmo autor afirma também que esse setor é formado por um conjunto diversificado e grande de entidades da sociedade civil, com finalidades públicas e sem fins lucrativos, abrigando organizações não governamentais (ONGs) e outros segmentos com identidades diversas, como entidades filantrópicas, hospitais, sindicatos, etc.

## RESULTADOS E DISCUSSÕES

As contribuições do assistente social para as casas de apoio

Refletir sobre a prática profissional dos assistentes sociais em organizações não governamentais implica necessariamente entrar no debate sobre limites e possibilidades dessa atuação, no aprofundamento do conceito de mediação social e nas contribuições profissionais para o fortalecimento da sociedade civil brasileira.

Além de se constituírem em novos espaços de trabalho para os assistentes sociais, uma aproximação sobre a atuação dos profissionais de Serviço Social nas ONGs demonstra que este campo é bastante tensionado, como são em regra os demais espaços de atuação dos assistentes sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como tema Crianças e Adolescentes com Câncer em Serviço Social em ONGs. E o principal objetivo foi descrever os processos de trabalho do profissional Assistente Social na oncologia de uma casa de apoio.

O profissional que atua nesta área precisa estar preparado para dar o devido suporte quando solicitado, sem esquecer que o usuário é visto em sua totalidade, requisitando desta forma do assistente social um saber sobre todas as áreas do conhecimento.

A atuação do Serviço Social em oncologia é bastante ampla na prevenção, assistência e cuidados paliativos, as relações familiares vinculadas ao Serviço Social incorporam neste trabalho à complexidade e sistematização de condutas, sendo os membros da família atores importantes no cuidado de pacientes tratados em casas de apoio, discutindo questões de gênero e enfrentamento da morte.

## REFERÊNCIAS

COHN, Amelia. POLITICAS SOCIAIS E POBREZA NO BRASIL. Disponível em: [www.ipea.gov.br/2009](http://www.ipea.gov.br/2009). Acessado dia: 07/04/2015

AMARAL Wager Roberto do. A ousadia do serviço social no espaço das ONG'S. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas>. Acessado: 08/04/2015

CARDOZO Ricardo; Micheline Sampaio, CASAS DE APOIO: INSERÇÃO E CONTRIBUIÇÕES DO ASSISTENTE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR. AGO. 2013. P.116-121.

MAXWELL. O SERVIÇO SOCIAL NO “setor” de ONG’s. PUC-Rio. Disponível em: [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18272/18272\\_4.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18272/18272_4.PDF). Acessado: 25/04/2015

RESENDE, Tomáz de Aquino. TERCEIRO SETOR, ONGS E INSTITUTOS. Disponível em: <http://www.fundata.org.br/Artigos>. Acessado: 26/04/2015

ASSIS, Rivânia Lúcia Moura de. TERCEIRO SETOR E SERVIÇO SOCIAL: (des)construção do projeto ético-político-profissional. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2004.

LAKATOS E MARCONI, 2002 PAULA RENATA PANTOJA DE OLIVEIRA Belém para 2012 ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS E A CAPACITAÇÃO DE RECURSOS DIANTE DE NOVOS MODELOS DE COOPERAÇÃO. Disponível em: [www.fumec.br/revistas/pretexto/article/download/1405/pdf](http://www.fumec.br/revistas/pretexto/article/download/1405/pdf). Acessado: 03/05/2015

ALMEIDA (2003). ADMINISTRAÇÕES EM ORGANIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR. DISPONIVEL EM: [http://www.anaceu.org.br/download/artigos/27-publicacoes-vanauey-ferreira-vieira-administrador\(2\).pdf](http://www.anaceu.org.br/download/artigos/27-publicacoes-vanauey-ferreira-vieira-administrador(2).pdf). Acessado em: 03/05/15

HUDSON, Rex A. Sociologia e psicologia do terrorismo: quem se torna terrorista e por quê? (1999)

NASCIMENTO (2002). ADMINISTRAÇÕES EM ORGANIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR. DISPONIVEL EM: [http://www.anaceu.org.br/download/artigos/27-publicacoes-vanauey-ferreira-vieira-administrador\(2\).pdf](http://www.anaceu.org.br/download/artigos/27-publicacoes-vanauey-ferreira-vieira-administrador(2).pdf). Acessado em: 03/05/15

## ANEXOS

**Casa de apoio: Criança Feliz – anjos da enfermagem.**



**Casa de apoio: Criança Feliz**





Capítulo

02



# A atuação do assistente social no âmbito prisional

William Ricardo Petter

*Discente do curso PROFP- R2 – Ciências Sociais - ETEP.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.2

## RESUMO

O presente estudo trata-se de um estudo sobre a atuação do assistente social no âmbito prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Entre os objetivos está a busca de maiores informações sobre o tema. O detento ao ingressar no sistema prisional, embora todos os seus direitos estejam assegurados através da lei, a realidade assistida nas instituições prisionais é de total violação de tais direitos, nesse sentido surge o assistente social com o intuito de tentar lhes assegurar seus direitos mínimos.

**Palavras-chave:** assistente social. direitos. âmbito prisional.

## ABSTRACT

The present study refers to the study about The Act of the Social Worker in the Prisional Ambit. Through a revision of the literature with bibliographic researches, which looks for information in books, magazines, publications and other materials about the subject. Between objectives is the search for bigger and greater informations about the topic. When the detainee enters the prisional system, even though he has all of his rights assured by the law, the reality assisted in prison institutions is of total violation of this rights, in this way, the social worker appears with the intention of trying to assure for them their minimum rights.

**Keywords:** social worker. rights. prisional ambit.

## INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro conhecido mundialmente por se tratar de um espaço degradante de humilhação, insalubre e de violação dos direitos humanos, provocando até mesmo o adoecimento dos sujeitos que ali se encontram cumprindo pena.

O assistente social atua em diferentes espaços sociais e tem como a questão social e suas expressões o eixo central do seu trabalho, diferentemente do que a população pensa seu trabalho vai muito além do que a uma visita a pavilhões.

O objetivo principal é compreender os desafios da atuação dos assistentes sociais no sistema prisional, mostrando o quanto seu papel é de suma importância para a ressocialização do indivíduo que ali cumpre pena, ressaltando a importância de tais profissionais.

O trabalho possui cunho qualitativo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica e documental.

## DESENVOLVIMENTO

Devido ao crescimento dos problemas sociais e ao aumento da demanda carcerária, que se avoluma gerando multidões de excluídos, o Estado busca novas alternativas para a inclusão

dos mesmos, tais questões sociais representam a desigualdade onde os sujeitos que a conheceram não a aceitam, gerando assim confrontos.

Atualmente a população vem presenciando nos meios de comunicação cenas de todos os tipos de crimes e a impossibilidade de reagir frente a essa grande onda de violência, o aumento nos índices de criminalidade nas regiões urbanas se configuram como um agravante na sociedade brasileira, também sendo este um fator da superlotação nos presídios brasileiros, onde a população carcerária cresce cada vez mais, no entanto o ritmo de expansão ou crescimento das unidades prisionais não vem acompanhando o mesmo compasso.

As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua devida dignidade. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede. (CAMARGO, 2006, p. 20).

O Brasil é conhecido nacional e internacionalmente pelo caos nas condições carcerárias e violação dos direitos humanos, os casos de tortura seja física ou psicológica expressam-se na superlotação, alimentação precária, falta de acesso a materiais de higiene e limpeza, assim como pela violência que podem ser praticadas por organizações criminosas, restrições ao banho de sol, não chamamento nominal, execução arbitrária do isolamento entre outros.

O objetivo fundamental dessas instituições de trabalho, além de servir como meio de controle dos salários, reforçadas, especialmente no caso holandês, pela ideologia religiosa calvinista, era de que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção. Serviam como instrumento de dominação, tanto no aspecto político como econômico e ideológico, impondo a hegemonia de uma classe sobre a outra, eliminando, conseqüentemente, toda possibilidade de surgir uma ação que ponha em perigo a homogeneidade do bloco de dominação socioeconômica (JULIÃO, 2012, p.44).

Essa realidade degradante nas condições de vida presenciadas em grande parte das unidades prisionais é justificada pelo Estado devido à falta de recursos financeiros, que resultam na falta de assistência aos presos.

Quando o indivíduo é preso ele perde seu direito à liberdade, no entanto todos os demais direitos devem ser respeitados e assegurados, devido a isso a prisão não se configura como um caráter punitivo, seu objetivo é trabalhar o processo de vida do preso dentro do cárcere, utilizando as garantias políticas, sociais e civis que permanecem com o apenado.

Os assistentes sociais pautam seu trabalho na defesa dos direitos humanos conforme consta no Código de ética Profissional, o qual se posiciona em benefício da equidade e justiça social e recusa o autoritarismo, o qual tornaria o ambiente prisional com condições dignas para o cumprimento da sentença onde o Estado deve cumprir seu papel quanto à promoção a readaptação do preso ao convívio social.

Isso não se trata de um favor, nem tão pouco um privilégio, mas sim um dever do mesmo tendo em vista que estas pessoas encontram-se sobre custódia do Estado, o qual deve lhes garantir e resguardar os direitos de tais indivíduos.

Nesse sentido a participação dos assistentes sociais, vem se tornando extremamente importante dentro dos sistemas penitenciários, buscando desenvolver novas técnicas humanas quanto ao tratamento dos presos, consolidando assim a defesa de seus direitos.

O Serviço Social, como profissão que intervém no conjunto das relações sociais e nas expressões da questão social, enfrenta hoje no campo do sistema penitenciário, determinações tradicionais às suas atribuições, que não consideram os avanços da profissão no Brasil e o compromisso ético e político dos profissionais frente à população e as violações dos direitos humanos que são cometidas. (TORRES, 2001, p. 91).

Um dos maiores desafios do serviço social é transformar o projeto ético político em um guia efetivo para o exercício da profissão, consolidando-a através de sua efetiva materialização, porém o que ainda se encontram são diversas barreiras que dificultam sua consolidação, pois tais barreiras advêm dos próprios companheiros de profissão.

Para que haja um ponto positivo é preciso que o assistente social fique atento em relação às demandas de seus atendimentos cotidianos, pois as mesmas geram comprometimento na atuação, que no geral devem ser divididas com os demais profissionais que atuam nas instituições, formando assim uma rede cuja finalidade é atender as necessidades dos apenados, priorizando o diálogo com outros profissionais ali inseridos, contribuindo assim para a ampliação da ação, possibilitando um processo de autonomia dos presos, a fim de desenvolver o seu protagonismo e a luta por seus direitos.

Cabe ressaltar que a presença desse profissional nas instituições prisionais busca contribuir no sentido de ressocializar o preso em seu convívio social, ou seja, ele atua de forma efetiva e sua presença nesse ambiente exerce uma relação de amparo, ajuda e cuidado com os usuários, esse olhar mais humanizado faz com que a vida desses indivíduos na prisão torne-se mais amena, servindo como um ele e um auxílio na busca por uma efetivação de seus direitos de forma real e não utópica. A profissão do Serviço Social insere-se como uma ocupação legalmente reconhecida, na qual o profissional atuará com a questão social e sua expressão no cotidiano de trabalho, no qual ele é direcionado a observar, refletir sua prática no ambiente do sistema penitenciário, levando sempre em conta a lei a qual regulamenta a profissão, diretrizes e normas que regem suas ações na prisão.

O/a assistente social é chamado a atuar de diversas formas, desde a produção de laudos e pareceres para assessorar a decisão judicial de progressão de regime; a participação nas comissões de classificação e triagem nos conselhos de comunidade e nas comissões disciplinares; o acompanhamento das atividades religiosas, entre outros. Destaca-se que nem sempre as ações propostas pela instituição aos/às assistentes sociais condizem com sua formação ou são de sua competência, algumas, inclusive, podem se mostrar opostas aos fundamentos da ética profissional (CFESS, 2014).

A Lei de Execução Penal (LEP) deveria proporcionar ao detento todas as condições para seu possível retorno à sociedade após o cumprimento da pena, usufruindo de seus vários direitos relacionados em legislação cuja finalidade é possibilitar a sua ressocialização social, no entanto, o que se presencia é um sistema em constante precarização, onde aumenta gradativamente o número de reincidências tendo em vista que as más condições e o tratamento que recebem fortalecem o sentimento de ódio e raiva, onde os mesmo quando retornam a sociedade são muito piores e muitas vezes retornam a prática criminosa, pois não possuem perspectiva de mudança.

Uma vez preso, o indivíduo carrega um estigma que o afasta da sociedade em geral e pode levá-lo a desenvolver outros tipos de sociabilidades com os estigmatizados como ele. Uma vez caracterizado pelo “mundo do crime” o indivíduo dificilmente consegue reinserir totalmente no “mundo do trabalho”. Esta prática acaba sendo marcada por um certo determinismo de que o indivíduo nasceu no crime e vai morrer no crime e esta propensão ao crime, acaba contaminando todos a sua volta, principalmente filhos, pais e cônjuges. (EDÍGOLO, 2012, p. 89).

A Lei de Execução Penal (LEP) no Art. 23 trata das ações que são pertinentes aos assistentes sociais.

[...]

- Conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
- Relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
- Acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
- Promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- Promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- Providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
- Orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima (BRASIL, 1984).

O assistente social nesse cenário busca responder às demandas dos usuários, para assim garantir os direitos sociais dos mesmos, mesmo que tenham transgredido a lei, para que isso seja possível esse profissional utiliza diversos meios como: entrevistas, visitas domiciliares, levantamento de recursos, encaminhamentos entre outros, tais instrumentos são importantes para o conhecimento da demanda social, realidade social e para uma intervenção eficaz, pois o trabalho do assistente social volta-se para a intervenção nas diferentes manifestações sociais com o intuito de contribuir com a redução das injustiças e desigualdades sociais.

As violações dos direitos dos indivíduos durante o cumprimento de suas penas no Brasil são denunciadas a décadas, por meio de relatórios divulgados por organismos nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos.

Diariamente os apenados relatam para a equipe do Serviço Social situações explícitas de violação aos seus direitos de cidadania: a) descrevem as más condições das celas – escuras, pequenas, sem colchão, sem cama; b) questionam-se do desrespeito a seus familiares – tratamento desumano, criminalização da família, visitantes impedidos de visitar os apenados sem nenhum critério legal; c) denunciam a precariedade dos atendimentos médicos – poucos profissionais, escassez de instrumentos de trabalho; d) reivindicam o atendimento jurídico que muitas vezes só ocorre uma vez por semana (PIMENTEL, 2008, p. 40).

Em um ambiente prisional, confirma-se como um campo de atuação repleto de dilemas para o profissional, pois por um lado existe a necessidade de afirmação dos princípios de ética da profissão, do outro tem-se uma realidade que de forma alguma está preparada para que os princípios básicos da dignidade humana efetivem-se.

O assistente social é um funcionário público estadual da Superintendência dos Serviços Penitenciários, que se encontra submetido ao Departamento de Tratamento Penal, setor no qual os demais técnicos, psicólogos e advogados são também contemplados, assim como nutricionistas e enfermeiros, porém em menor número. Esse departamento contempla a parte gestora.

Ao Departamento de Tratamento Penal cabe gerir o trabalho técnico em sua totalidade, propondo frentes de trabalho, normativas e parcerias que garantam os direitos dos apenados quanto ao acesso à educação, assistência psicológica, social e jurídica, lazer, trabalho e saúde

mental.

O profissional de Serviço Social que desenvolve seu trabalho técnico no sistema penitenciário pode encontrar sua relevância tanto em atividades individuais como nas grupais, ele necessita intervir frente a demandas bastante semelhantes.

A entrevista é um dos instrumentos mais utilizados pelos técnicos no sistema penitenciário, isso ocorre devido à facilidade de poder chamar o detento para a sala de atendimento, seguindo sempre os critérios de segurança do estabelecimento prisional.

Embora haja um número significativo de técnicos, ainda existe uma incapacidade física dos profissionais e de estrutura do estabelecimento prisional em atender a toda demanda de usuários, somado isso há o fato de que se considera relevante para a ressocialização a participação em atividade grupal, inclusive para que o público alvo possa receber atendimento em diferentes áreas.

O assistente social tem sido historicamente um dos agentes profissionais que implementam políticas sociais, especialmente políticas públicas. Ou, nos termos de Netto, um executor terminal de políticas sociais, que atua na relação direta com a população usuária. Mas hoje, o próprio mercado demanda, além de trabalho na esfera da execução, a formulação de políticas públicas e a gestão de políticas sociais. (IAMAMOTO, 2007, p.20).

A prática do assistente social bem como dos demais profissionais que atuam no sistema penitenciário, justifica-se socialmente para o cumprimento dessa tarefa, tal funcionalidade é mais significativa no que tange a reprodução ideológica, pois busca alcançar a finalidade ressocializadora perante a reforma moral, essa prática se põe como um atributo ao reforço e a reprodução da ideologia dominante.

Diversos são os efeitos nocivos apontados em relação ao encarceramento, os quais advêm da própria natureza da prisão. Além disso, pode-se registrar a perda de vínculos familiares/afetivos; a adaptação à vida privada de liberdade e a decorrente incorporação da cultura prisional que fortalece a perda de capacidade da pessoa presa para a vida em liberdade; sua posterior estigmatização na sociedade além dos muros.

O Serviço Social no sistema prisional visa propiciar atendimentos, criar possibilidade de convívio social entre os detentos e seus familiares, no entanto o que se pode observar é que na realidade mostra-se bem diferente o que acarreta em dificuldades para os profissionais que se encontram comprometidos com a defesa dos direitos humanos, inclusive para o assistente social que se encontra comumente inserido dentro de um contexto meramente burocrático, presenciando frequentemente a restrição da sua intervenção e diversas situações de violação dos direitos dos apenados.

Cabe destacar que todo profissional necessita ter condições no ambiente de trabalho no qual estão inseridos para que possam assim desempenhar suas funções com qualidade e com o profissional de Serviço Social não é diferente, pois estão assegurados por lei que o Estado deve oferecer condições para que desenvolvam suas atividades de forma adequada e qualificada.

Dispor de condições de trabalho condignas, seja em entidade pública ou privada, de forma a garantir a qualidade do exercício profissional; ter livre acesso à população usuária; ter acesso a informações institucionais que se relacionem aos programas e políticas sociais e sejam necessárias ao pleno exercício das atribuições' (Conselho Federal de Serviço Social - CFESS Gestão 1996/99).



A realidade a qual os mesmos estão inseridos mostra-se muito distante no atendimento nas unidades prisionais, devido à escassez de recursos, isso mostra que executar suas atividades em um local onde as pessoas estão cumprindo pena por descumprirem a lei, porém onde o próprio Estado não consegue cumprir o que está preestabelecido na constituição, sendo que são direitos fundamentais desses indivíduos faz com que o trabalho do assistente social torne-se desgastante, pois os mesmos tentam garantir os direitos que não são garantidos pelo Estado.

Esses conflitos tornam-se exaustivos para o profissional executar sua função, comprometendo assim sua saúde física e mental.

O cotidiano do assistente social em unidades prisionais vai além do imaginado pela sociedade, pois não se resume apenas em visitar os pavilhões, mas sim realizar outras tarefas as quais lhes são impostas, tais como: prestar atendimento aos familiares das pessoas privadas de liberdade, realizar cadastro para que os mesmos possam receber visitas íntimas, encaminhar familiares que porventura estão impossibilitados de visitar o interno do pavilhão entre outros.

Por meio da intervenção esse profissional é incapaz de empreender tal reforma, tendo em vista que a própria realidade vem demonstrando exaustivamente, através dos altos índices de reincidência criminal.

Isso ocorre devido à falta de estrutura e recursos para que seja oferecido um trabalho em sua totalidade voltado à ressocialização, apesar dos limites institucionais que lhes são impostos e da burocracia na qual são submetidos, os assistentes sociais buscam compreender a demanda, assim como entender a realidade na qual estas pessoas estão inseridas visando à garantia dos direitos dos apenados, mesmo perante todas as limitações que lhes são impostas.

No entanto por outro lado, diante de tantos desafios somados as pressões psicológicas do ambiente que são também desafiantes faz com que tal profissional gaste mais energia do que seu corpo é capaz de gerar, o levando ao esgotamento mental e físico, chegando a uma exaustão.

Dada esse inserção contraditória, a profissão não pode eliminar uma das dimensões de sua atuação; porém, por causa da sua opção política, o assistente social pode colocar-se a serviço de uma delas, optando por fortalecer a classe trabalhadora por meio de seus serviços. Nesse sentido projeto societário e projeto profissional deixam e se colocam como antíteses, oferecendo a possibilidade de elaboração e mediações estratégicas que possam contemplar atuações diferenciadas: no campo estritamente institucional, no âmbito mais amplo das lutas a categoria e no espaço de participação política o profissional como cidadão e sujeito político em lutas que articulam a emancipação social e política com projetos de emancipação humana (BARROCO, 2012, p. 67).

É necessário que o governo disponibilize reciclagem para os profissionais do Serviço Social, pois os mesmos encontram-se expostos as mais variadas pressões e realidade ao desempenhar suas funções.

Esses profissionais possuem condições de fazer uma leitura crítica dos fenômenos sociais e entendem que esse desrespeito ou dificuldade em acatar as regras tem sua gênese na falta de trabalho, educação, representatividade, saúde entre outras faltas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Serviço Social, nas unidades prisionais, possui o papel de garantir e efetivar os direitos, igualdade e humanização no atendimento, prestando assistência aos apenados e familiares, bem como orientar e esclarecer aos apenados sobre seus direitos e deveres dentro sistema prisional, estabelecendo, assim, uma relação de confiança entre o profissional, o apenado e familiar, com a finalidade de promover posteriormente uma reintegração destes ao convívio social.

Muitas vezes o cárcere propicia o aumento da criminalidade e da violência, tendo em vista que se trata de um ambiente hostil onde há a violação dos direitos sociais.

Mesmo com a escassez de recursos humanos para o atendimento de uma grande demanda diária esses profissionais não se rendem ao conformismo e mesmo perante as diversas dificuldades seguem exercendo sua função com dedicação, ética, amor e fazem o possível para solucionar os problemas dos internos.

## REFERÊNCIAS

BARROCO, Maria lucia silva, Código de Ética do/a Assistente Social comentado, Conselho Federal de Serviço Social-CFESS, São paulo: Cortez, 2012.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 30 Out. 2021.

CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional, 2006.

CFESS-Conselho Federal de Serviço Social. Desafios da atuação no sistema prisional brasileiro em discussão pensar um trabalho multidisciplinar nas unidades prisionais brasileiras. Disponível em: [www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cód./874](http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cód./874). Acesso em 28 Out. 2021.

CFESS-Conselho Federal de Serviço Social. Desafios da atuação no sistema prisional brasileiro em discussão pensar um trabalho multidisciplinar nas unidades prisionais brasileiras. Disponível em: [www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cód./874](http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cód./874). Acesso em 20 Out. 2021.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. O Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação. 7. Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. Sistema Penitenciário Brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal. Petrópolis, RJ: De Petrus et Alii; Rio de Janeiro: Faperj, 2012.

PIMENTEL, Luana dos Santos. Do Serviço Social no Contexto Prisional: sobre a afirmação da condição de cidadãos dos apenados. Monografia (Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ess.ufrj.br/monografias/104048857.pdf>>. Acesso em: 23 Out.2021.

EDÍGOLO, Natália Carolina Narciso. Sistema penitenciário e seus estigmas: o caso paulista. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília. Ed. 9, Maio. 2012.

TORRES, A. A. Direitos humanos e sistema penitenciário brasileiro: desafio ético e político do serviço social. Serviço Social e Sociedade. São Paulo, nº 67, 2001.



# Remoções administrativas: violações de direitos perpetradas pelo estado brasileiro

## Administrative removals: violations of rights perpetrated by the brazilian state

---

Wilza Carla Folchini Barreiros

*Defensora Pública Federal. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.3

## RESUMO

O direito à moradia, introduzido na constituição como direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 26/2000, está muito longe de ser efetivado, ao contrário, é violado pelo próprio Estado brasileiro ao realizar remoções administrativas destituídas de um mínimo de legalidade. Aqui se analisará, com suporte em pesquisa doutrinária e legislativa, as razões que levam o ato administrativo que redunde em despejo, remoção ou deslocamento forçado em ato atentatório aos direitos humanos. Os principais pontos que serão analisados dizem respeito a impossibilidade da autoexecutoriedade do ato remocionista, a ponderação entre os interesses públicos envolvidos, dando relevo ao direito à moradia. Aponta-se, ainda, que parte das decisões de remoção não foram prolatadas no bojo de processos administrativos que observaram o contraditório e a ampla defesa. Em nível federal a única norma que trata do tema é a Resolução 17/21 do CNDH, que considera que remoção sem suporte em decisão judicial é ato violador de direitos humanos.

**Palavras-chave:** direito à moradia. remoções administrativas. Resolução 17/21 do CNDH.

## ABSTRACT

The right to housing, introduced in the constitution as a fundamental right by Constitutional Amendment n. 26/2000, is very far from being implemented, on the contrary, it is violated by the Brazilian State itself when carrying out administrative removals devoid of a minimum of legality. Here, based on doctrinal and legislative research, the reasons that lead to an administrative act that results in eviction, removal or forced displacement in an act that violates human rights will be analysed. The main points that will be analyzed concern the impossibility of self-execution of the removal act, the weighting between the public interests involved, emphasizing the right to housing. It is also pointed out that part of the removal decisions were not handed down in the context of administrative processes that observed the contradictory and ample defense. At the federal level, the only norm that deals with the subject is Resolution 17/21 of the CNDH, which considers that removal without support in a court decision is an act that violates human rights.

**Keywords:** right to housing. administrative removals. CNDH Resolution 17/21.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o papel do Estado Democrático de Direito na garantia e efetivação do direito fundamental à moradia adequada, refletindo sobre a atuação estatal na violação de direitos.

Antes de adentrar nas violações praticadas pelo próprio estado, é necessário estabelecer o contexto em que está situada, avaliando, para tal, a atuação estatal como agente promotor de direitos sociais. Portanto, o primeiro aspecto a ser abordado é a efetivação do direito social à moradia no e pelo Estado brasileiro, com o fito de apontar a incongruência de um Estado que não cumpre seu dever constitucional e a conduta administrativa de violar este mesmo direito em nome, na maior parte das vezes, de interesses menores.

Em seguida o exame recairá nas remoções administrativas<sup>1</sup>, termo aqui empregado para designar a desconstituição de núcleos urbanos informais, resultando na remoção de famílias e pessoas, geralmente com a demolição de residências, sem fundamento em decisões emanadas pelo Poder Judiciário, praticadas sob o argumento de Poder de Polícia da administração pública.

A remoção administrativa pode ter um sentido mais amplo, abarcando, por exemplo, a população em situação de rua, trabalhadores ambulantes, todavia, será aqui tomada em sentido mais restrito, abarcando as tipologias de proteção à ordem urbanística e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, defesa do patrimônio público, tutela de pessoas em caso de risco e para construção de obras de infraestrutura ou reurbanização.

A utilização da remoção administrativa para desalojar é prática que tem se ampliado nos últimos tempos, conforme se verifica de informações do Observatório de Remoções,<sup>2</sup> principalmente durante o período da pandemia.

A partir da análise da autoexecutoriedade dos atos administrativos, dos interesses públicos envolvidos e da regularidade do processo administrativo, o ato que redunde em desalojamento de pessoas será considerado neste artigo como ilegal.

Por fim, será analisada a única normativa, a nível federal, que trata do tema, a Resolução 17, de 6 de agosto de 2021, editada pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos.

## **GARANTIA DO DIREITO À MORADIA NO ESTADO BRASILEIRO**

Apesar da Constituição Federal desde sua promulgação mencionar em diversos dispositivos a moradia, seja de forma expressa (ao estabelecer como condicionante ao reconhecimento da usucapião especial o uso do imóvel para fins de moradia, determinando a competência comum nas matérias de moradia e ao incluí-la como um dos elementos vitais que devem ser providos pelo salário-mínimo), seja implícita (como uma das condicionantes da função social da propriedade), somente com a Emenda Constitucional n.º 26, de 2000 houve a inserção do direito à moradia dentre o rol dos direitos fundamentais.

Todavia, não foi sua inserção no rol dos direitos sociais pela EC n. 26/2000 que trouxe o reconhecimento pelo Estado brasileiro do direito à moradia como direito fundamental, isto porque o Brasil já o reconheceu expressamente ao ratificar e incorporar no ordenamento pátrio o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais que reconhece o direito de toda pessoa a uma moradia adequadas (Decreto n.º 591/1992).

A legislação brasileira não parametriza o que se entende por uma moradia adequada, coube tal incumbência ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU que, por meio do comentário n. 4, fixou como elementos mínimos da moradia: segurança jurídica da posse; acessibilidade; disponibilidade de serviço, materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; localização e adequação cultural.

Assim, de acordo com os parâmetros internacionais, moradia, muito além de abrigo, é essência para realização de direitos individuais e sociais. Jacques Alfonsin colocou o direito à moradia no mesmo patamar da alimentação, ou seja, como elementos essenciais a própria

<sup>1</sup> Adotaremos a mesma expressão cunhada na Resolução 17/21 do CNDH.

<sup>2</sup> <http://www.labcidade.fau.usp.br/observatorio-de-remocoes/>

existencial humana, “Admitindo-se que o pão e a casa são meios indispensáveis de vida para a pessoa humana, a satisfação concreta de tais necessidades, passe o óbvio, é indispensável à mesma vida.”<sup>3</sup>

Em sendo elemento que dá suporte a própria vida, a norma que garante o direito à moradia não pode ser tida como programática, ao contrário, a prestação é dever do Estado e direito do cidadão, nesse sentido Alexy o insere dentro do direito fundamental social mínimo.<sup>4</sup>

Nelson Saule Júnior reconhece o direito à moradia como norma constitucional de eficácia plena, porém estabelece parâmetros a concretização da norma:

“Esta obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim constituir políticas públicas que garanta o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os seguimentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade situação indigna de vida.”<sup>5</sup>

Porém, é visível nas cidades brasileiras que o Estado está muito longe de cumprir seu dever constitucional, em especial para com a população de baixa renda. De acordo com a fundação João Pinheiro o déficit habitacional<sup>6</sup> brasileiro, no ano de 2019, era de 5.876.699 domicílios. Inegável que a situação se agravou nos últimos anos, isto em razão da ausência de programas habitacionais<sup>7</sup> que abarque a camada mais vulnerável da população, como pela situação de pandemia, tanto que a Campanha Despejo Zero aponta que de março de 2020 até dezembro de 2022 mais de 35.265 famílias foram despejadas de suas casas.

Se de um lado é o liberalismo, política econômica adotada pelo Estado brasileiro, que firma e assenta a base da exclusão social, na atual ordem o Estado Democrático de Direito não pode se eximir de remediar desigualdades intervindo para garantir direitos sociais.

## REMOÇÕES ADMINISTRATIVAS

Ao Estado cabe a promoção de direitos sociais, de outro, a evidência, não lhe cabe de per si suprimi-los de seus cidadãos, é a partir da análise desta perspectiva que se vai examinar as remoções administrativas perpetradas pelo Estado brasileiro.

A remoção administrativa ocorre quando famílias e pessoas são retiradas à força de suas habitações, em geral com a demolição de residências, por ato da administração pública sem suporte em decisões emanadas pelo Poder Judiciário, sob o argumento do Poder de Polícia do ato administrativo.

É de se dizer, primeiramente, que não há na legislação federal o estabelecimento de conceito sobre a forma de remoção aqui enunciada, mas se trata de ato amplamente propagado na administração pública, tanto que mereceu a discussão pelo Conselho Nacional dos Direitos

3 ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de Direitos Humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 20.

4 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512.

5 SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 183.

6 O déficit habitacional é composto pelo o ônus excessivo com aluguel urbano, habitação precária e coabitação.

7 O programa Casa Verde e Amarela, que substituiu o Minha Casa Minha Vida, não chegou a alcançar o grupo urbano 1, cuja renda bruta familiar mensal é de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais), vez que o subsídio ofertado foi diminuto, muito inferior aos valores de mercado dos imóveis urbanos, o que inviabiliza a aquisição de moradia por uma parcela da população incapaz de fazer poupança.



Humanos, que editou a Resolução 17/21, o considerando prática contrária aos direitos humanos.

A questão que se impõe é aferir a legalidade das remoções administrativas em um Estado que não garante o mínimo existencial a sua população. O poder de polícia traz, a princípio, legalidade ao ato da administração pública que leva a remoção, caracterizado aquele pela auto-executoriedade, discricionariedade e coercibilidade. O poder de polícia é a atividade da administração capaz de infligir limitações a direitos e liberdades, para Medauer (2002):

O poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos.<sup>8</sup>

Portanto, se de um lado o ato revestido de poder de polícia visa “a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”<sup>9</sup>, de outro encontra limite no direito fundamental, que não pode ser violado.

### **Autoexecutoriedade dos atos de remoção administrativa**

Não se pode deixar de levantar outra questão que acompanha as remoções administrativas, que consiste na remoção de milhares de pessoas de suas casas por ato da administração pública, muitos de forma sumária, sem que o ato passe pelo crivo do poder judiciário.

A autoexecutoriedade – característica do poder de polícia –, que tem seu suporte no princípio da presunção de veracidade, é a execução por seus próprios meios, em alguns casos pela coerção, da aplicação da vontade administrativa. Difere da heteroexecutoriedade que “quando o ato administrativo, embora imperativo e exigível, depende do concurso do Poder Judiciário para fazer-se cumprir no mundo dos fatos”<sup>10</sup>.

Há autores que entendem que a autoexecutoriedade é atributo inerente ao ato administrativo, citando aqui Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Edmir Netto de Araújo, Hely Lopes Meirelles, Régis Fernandes de Oliveira e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros. Porém, há uma farta doutrina em sentido contrário, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ari Sundfeld, José Maria Pinheiro Madeira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho, dentre outros<sup>11</sup>.

Por sua vez, a autoexecutoriedade ocorre quando presentes certos requisitos. Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998) ela seria admissível em vista da urgência e da previsão legal<sup>12</sup>, já Tavares e Bolzan (2013) entendem que não há necessidade de amparo legal “em situações emergenciais” e “desde que amparadas pela ordem constitucional, com fundamento, novamente, na defesa dos direitos fundamentais”<sup>13</sup>. Bandeira de Mello acrescenta a subsidiariedade como terceiro requisito<sup>14</sup>.

8 MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 410.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 758.

10 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 15.

11 GONÇALVES, Leonardo de Mello. *Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia*. 2010. 196 f. *Dissertação (Mestrado em Direito)* - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010 p. 100.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 98.

13 TAVARES, André Ramos; BOLZAN, Fabricio. *Poder de Polícia: da Supremacia do Interesse Público a Primazia dos Direitos Fundamentais*. In: DALLARI, Adilson Abdre e. al. (Coord). *Tratado de Direito Administrativo*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.778.

Sobre a urgência e previsão expressa ou implícita em lei Celso Ribeiro Bastos (1996) pontua:

Há executoriedade apenas nos casos expressamente previstos em lei ou implícitos no sistema legal, quer dizer, naqueles casos em que se faz necessária a tomada de medida urgente, sob pena de grave comprometimento do direito que incumbe à administração proteger. Isto se verifica, especialmente, nos atos de polícia, como por exemplo, interdições de atividades ilegais, inutilização de medicamentos ou de gêneros alimentícios impróprios para o consumo. É certo que essas medidas devem ser precedidas de notificação e de comprovação da legalidade da atuação do Poder Público.<sup>15</sup>

Não difere o entendimento de Nina Bomfim e Carolina Barros fidalgo (2008), advertindo que, em inexistindo expressa previsão legal de autoexecutoriedade do ato administrativo, só poderá ser utilizado “em hipóteses concretas de urgência e cautelaridade – podendo comportar postergação de contraditório – mas nunca poderá servir como meio punitivo para imposição de sanções administrativas”<sup>16</sup>.

Por sua vez, Daniel Gaio afasta a possibilidade de autoexecutoriedade dos atos de remoção administrativa:

Uma vez ultrapassado o processo administrativo, é ainda imprescindível que ocorra manifestação judicial no caso do imóvel estar sendo utilizado como moradia. É o que estabelece o art. 6º, IV da Res. 10/18 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao dispor que os despejos e deslocamentos forçados de grupos que demandam proteção especial do Estado só pode eventualmente ocorrer mediante decisão judicial, e jamais por decisão meramente administrativa.<sup>17</sup>

Nesta mesma linha, a Resolução 17/21 do CNDH, que estabelece no seu artigo 1º, §1º que “Os despejos, remoções e deslocamentos forçados de grupos que demandam proteção especial do Estado só podem eventualmente ocorrer mediante decisão judicial. ”

## Interesse Público

O outro campo de disputa se funda na ideia de supremacia do interesse público. Alguns autores defendem a incompatibilidade do interesse público com o constitucionalismo democrática. Esta desestabilização da ideia de supremacia afeta o poder de polícia da administração.

Se de um lado temos a justificativa de interesse público de defesa do patrimônio, ordem urbanística e meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro temos a perspectiva da garantia do direito à moradia, que se desdobra em vários outros direitos fundamentais.

Neste caso o interesse público deve ser compatibilizado com os direitos e interesses dos administrados, por meio de juízo de ponderação de direitos, interesses, bens e valores envolvidos. José Sérgio da Silva Cristóvam (2014) esclarece:

Com efeito, na análise de uma medida restritiva de direitos dos cidadãos, a partir da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), deve-se promover um juízo de ponderação acerca da justiça relacional entre o direito ou interesse a promover e aquele que será preterido/restringido. Justiça relacional no sentido de ponderação dos bens, valores, interesses e direitos em conflito, segundo as circunstâncias fáticas e, sobretudo, jurídicas do caso concreto (relação de precedência condicionada). Mas não se pode negar

<sup>15</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996, p 104.

<sup>16</sup> BONFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. *Releituras da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 267-309. p. 300.

<sup>17</sup> GAIO, Daniel. *Inquietudes e questionamentos às remoções forçadas realizadas pela administração pública*. In: Gaio, Daniel (org). *Remoções Forçadas e a Administração Pública*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2020, p. 59.

que, dessa ponderação relacional, decorre um considerável déficit de subjetividade, a ser controlada a partir de uma sólida teoria da justificação racional (argumentação jurídica).<sup>18</sup>

É de se dizer que a proporcionalidade, aqui entendida, se baseia na elaboração de juízos racionais acerca do sopesamento entre de direitos, bens, valores e interesses divergentes. Alexy estabelece passos que garantam o sopesamento racional:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>19</sup>

Especificamente no que concerne às remoções, a Resolução n. 17/21 do CNDH determina que a administração deve observar a proporcionalidade, ponderando os direitos envolvidos (artigo 2º, § 4º, V).

Para além, novamente José Sérgio da Silva Cristóvam (2014) esclarece que a ideia de supremacia abstrata do interesse público esbarra na necessidade de concretização dos direitos fundamentais:

O regime de limites aos direitos fundamentais suplanta também qualquer concepção de supremacia abstrata do interesse público, como base normativa à restrição de direitos fundamentais. Ressoa ilógico e mesmo inadmissível o recurso a um princípio de prevalência abstrata e apriorística do interesse público, se toda e qualquer restrição a direitos fundamentais somente se funda no quadrante permissivo constitucional, ainda que pela via de interposições legislativas (gerais e abstratas), mas sempre substancialmente determinadas e previsíveis, no sentido de trazer segurança sobre a restrição aplicada (limites dos limites).

Uma cláusula de prevalência abstrata do interesse público, ainda que naqueles parâmetros da corrente reconstrutivista da teoria da supremacia, coloca-se em rota de colisão com a própria teoria dos direitos fundamentais, com o princípio democrático e com a ideia de reserva de lei, na medida em que transfere à Administração Pública, em larga medida e aprioristicamente, a casuística fixação de limites a direitos fundamentais.<sup>20</sup>

O principal direito fundamental posto em disputa nas remoções, que deve ser ponderado ante o interesse público, é o direito à moradia – é claro que deste muitos outros direitos decorrem ou lhe dão suporte. Cada vez mais o direito à moradia entra em rota de colisão com outros interesses, tanto que foi o sexto direito humano mais demandado no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2020<sup>21</sup>.

Vale trazer a lume o Comentário Geral nº. 7, editado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, que assevera que a prática de despejos forçados deve ser combatida.

Assim, o Estado que não garante o direito fundamental à moradia não pode ser o sujeito que viola este direito. Marinho defende:

o Estado que já viola direitos humanos ao não promover moradia adequada, não pode violar mais e outros direitos humanos ao promover o despejo. Isso seria reconhecer o direito a ocupar como forma de morar em contexto de déficit habitacional e para evitar novas violações de direitos.<sup>22</sup>

18 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Tese (doutorado) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas em Direito, Florianópolis, 2014, p. 193.*

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 9. 594.*

20 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Tese (doutorado) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas em Direito, Florianópolis, 2014, p. 206.*

21 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>

22 MARINHO, Pedro Rennó. *Ocupações Performativas. Corpos em aliança contra o Estado agente de despejo. Belo Horizonte,*

O que se observa é que nas diversas tipologias das remoções administrativas, como a proteção à ordem urbanística e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, defesa do patrimônio público e para construção de obras de infraestrutura ou reurbanização -, dificilmente se encontra justificativa que admite a urgência a afastar o crivo do Poder Judiciário, este pode estar presente apenas nos casos de tutela de pessoas em caso de risco. No mais, o ato administrativo não está coberto pelo poder de polícia, bem como não há interesse público, vez que medida consiste em verdadeira supressão de direitos fundamentais.

## Regular processo administrativo

Ainda, um atributo importante do poder de polícia é o respeito às garantias e aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nesse sentido é de especial importância a observância do devido processo legal, a teor do que determina o artigo 5º, LIV da CR, com respeito a garantia do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CR), bem como a decisão final seja razoável e proporcional. Assim, não há espaço para demolições e remoções sumárias, inclusive o processo administrativo é de essência mesmo nos casos de ocupações em áreas de risco (artigo 3º-B da Lei n. 12.340/10).

Assim, aspecto essencial que deve ser observado é a participação efetiva dos atingidos no processo administrativo, além de suas assessorias técnicas, bem como nos casos que envolvam vulneráveis sejam sempre chamados a participar Defensoria Pública e Ministério Público. Egon Bockmann Moreira<sup>23</sup> (2004, p.191) ensina:

o processo administrativo destina-se a trazer os particulares no momento (lógico e jurídico) mais próximo possível da condição de coautores do ato a ser proferido pela Administração – seja ele favorável ou contrário aos interesses deles. Quando menos, participam dialeticamente na sua produção e colaboração na formação da “vontade administrativa” transformada em ato.

## RECONHECIMENTO NORMATIVO DA ILEGALIDADE DAS REMOÇÕES FORÇADAS

### Conselho nacional dos direitos humanos

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos é órgão colegiado, de representação paritária, cuja finalidade é a defesa e promoção dos direitos humanos no Brasil, para tanto cabe realizar ações preventivas, reparadoras e sancionadoras de condutas e situações que violem ou coloquem em risco os direitos humanos.

Para consecução de suas atribuições cabe ao Conselho promover medidas necessárias à prevenção, repressão, sanção e reparação de condutas e situações contrárias aos direitos humanos, fiscalizar a política nacional de direitos humanos, podendo sugerir e recomendar diretrizes para a sua efetivação, expedir recomendações para proteção dos direitos humanos, dentre outras previstas na lei que transformou o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos - CNDH<sup>24</sup>.

---

2021, p. 62.

23 MOREIRA, Egon Bockmann. *O Processo Administrativo no rol dos Direitos e Garantias Individuais*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord). *Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 191.

24 Lei n. 12.986/2014

Nos casos de ofensa ou ameaça aos direitos humanos o Conselho pode aplicar sanções de advertência, censura pública, recomendação de afastamento de cargo, função ou emprego na administração pública direta, indireta ou fundacional e recomendação de que não sejam concedidos verbas, auxílios ou subvenções a entidades comprovadamente responsáveis por condutas ou situações contrárias aos direitos humanos.

No âmbito de suas atribuições, em 6 de agosto de 2021, o Conselho aprovou a Resolução n. 17, que trata das remoções administrativas.

## **Resolução n. 17, de 6 de agosto de 2021**

A Resolução n. 17/21 reconheceu como conduta contrária aos direitos humanos a realização de despejos, remoções e deslocamentos sem ordem judicial.

Aponta a referida norma que a autoexecutoriedade não é atributo inerente a todos os atos administrativos, e as hipóteses que admitem a autoexecutoriedade dos atos devem ser previstas em lei, em rol taxativo, restrito e em hipóteses de extrema excepcionalidade.

Nessa seara, a hipóteses previstas na legislação de excepcionalidade devem, necessariamente, e de forma concomitante, comprovar: a urgência de risco real ou iminente de dano grave ou de difícil reparação à coletividade; impossibilidade ou inadequação de outra medida administrativa menos gravosa; respeitar os direitos e garantias fundamentais, em especial o de moradia e; deve ser proporcional a medida tomada, o dano causado e a ponderação do direito envolvidos.

Portanto, nos termos da resolução, os atos que importem em remoção administrativa devem ser requeridos judicialmente, a excepcionalidade depende do cumprimento dos requisitos já mencionados e de prévio e regular processo administrativo, os atos que contrariam estas vedações implicam violação aos direitos humanos.

A resolução é rica em prever medidas de prevenção para que o ato administrativo reacionista não ocorra, dentre eles, deve a administração reconhecer o direito à moradia como interesse público primário, bem como a situação de vulnerabilidade dos envolvidos;

*Art. 4º O CNDH é o órgão incumbido de velar pelo efetivo respeito aos direitos humanos por parte dos poderes públicos, dos serviços de relevância pública e dos particulares, competindo-lhe:*

*I - Promover medidas necessárias à prevenção, repressão, sanção e reparação de condutas e situações contrárias aos direitos humanos, inclusive os previstos em tratados e atos internacionais ratificados no País, e apurar as respectivas responsabilidades;*

*II - Fiscalizar a política nacional de direitos humanos, podendo sugerir e recomendar diretrizes para a sua efetivação;*

*III - Receber representações ou denúncias de condutas ou situações contrárias aos direitos humanos e apurar as respectivas responsabilidades;*

*IV - Expedir recomendações a entidades públicas e privadas envolvidas com a proteção dos direitos humanos, fixando prazo razoável para o seu atendimento ou para justificar a impossibilidade de fazê-lo;*

*V – (VETADO);*

*VI - Articular-se com órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais encarregados da proteção e defesa dos direitos humanos;*

*VII - Manter intercâmbio e cooperação com entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, com o objetivo de dar proteção aos direitos humanos e demais finalidades previstas neste artigo;*

*VIII - Acompanhar o desempenho das obrigações relativas à defesa dos direitos humanos resultantes de acordos internacionais, produzindo relatórios e prestando a colaboração que for necessária ao Ministério das Relações Exteriores;*

*IX - Opinar sobre atos normativos, administrativos e legislativos de interesse da política nacional de direitos humanos e elaborar propostas legislativas e atos normativos relacionados com matéria de sua competência;*

*X - Realizar estudos e pesquisas sobre direitos humanos e promover ações visando à divulgação da importância do respeito a esses direitos;*

*XI - recomendar a inclusão de matéria específica de direitos humanos nos currículos escolares, especialmente nos cursos de formação das polícias e dos órgãos de defesa do Estado e das instituições democráticas;*

*XII - dar especial atenção às áreas de maior ocorrência de violações de direitos humanos, podendo nelas promover a instalação de representações do CNDH pelo tempo que for necessário;*

*XIII - (VETADO);*



de demarcações de terras, titulações quilombolas, desapropriações para fins de reforma agrária, regularização fundiária devem respeitar o princípio do razoável prazo de duração; orienta o estado a desenvolver políticas habitacionais e; criar políticas e estratégias de mediação no âmbito de conflitos fundiário coletivo.

Ao tratar da prevenção prevê medidas para que a política habitacional tenha lugar de destaque, portanto, traz como importante medida a criação de cadastro unificado dos imóveis públicos para que possam ser identificados os bens que não cumprem suas funções socioambientais, conseqüentemente, possam ser destinados à moradia. Acrescenta, ainda, que devem ser adotadas as medidas para que os imóveis privados que não cumpram sua função social sejam destinados à moradia.

Na mesma linha do que posteriormente decidiu o STF em sede da ADPF 828, considera fator decisivo a criação de instância de negociação na esfera administrativa.

A instância de conciliação e efetivação de soluções garantidoras de direitos humanos somente será efetiva com a participação de múltiplos atores no processo de conciliação, atores que tenham a capacidade técnica de concretizar políticas habitacionais e assistências aos vulnerabilizados.

As conciliações em conflitos fundiários têm por objetivo, dentre outras soluções específicas para a comunidade desalojada, verificar a possibilidade de regularização fundiária, reassentar os deslocados em moradias dignas, inclusão em programas habitacionais com previsão de efetivo ingresso em nova residência, inserção em programas sociais e evitar a evasão escolar de crianças e adolescentes.

Tanto no processo administrativo, como na mediação, é imprescindível a participação de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

A Defensoria Pública, expressão e instrumento do Estado democrático, tem como missão a promoção e defesa dos vulnerabilizados<sup>25</sup>, como tal, mesmo que haja a representação de advogados é essencial que participe do processo, em analogia inclusive com o que dispõe o artigo 554, §1º do CPC<sup>26</sup>.

Ainda, em caso de deslocamento forçado é necessário a elaboração de plano de remoção, sendo vedado o uso de armas letais e menos letais pelas Guardas Municipais e órgãos de fiscalização.

Apesar de admitir em hipóteses restritas que as remoções sejam efetivadas, as demolições sumárias<sup>27</sup>, comuns nos casos de violações à ordem urbanística e ao meio ambiente, têm seu cabimento circunscrito a casos em que importem risco à vida comprovados em laudo técnico que demonstre risco para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros.

*25 A Constituição Federal atribui à Defensoria Pública a defesa dos necessitados, aqui nos referimos aos vulnerabilizados, por entendermos que são aqueles que circunstancialmente estão em situações de vulnerabilidade. A vulnerabilidade não se restringe à hipossuficiência econômica. Nas “100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condições de Vulnerabilidade” a definição, que não exaustiva, aponta que “Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.”*

*26 Nas ações possessórias multitudinárias a Defensoria Pública é chamada a atuar como custos vulnerabilis, atuará na defesa do interesse dos vulnerabilizados, em nome próprio. No âmbito do processo administrativo não há que fazer distinção, sendo essencial a presença da instituição a que a Constituição Federal atribuiu a função de defesa dos necessitados.*

*27 A exemplo alude-se a Lei Complementar n. 707/21, do Município de Florianópolis, que cria a possibilidade de destruição sumária do imóvel sem o respeito ao devido processo legal.*

Importante previsão é a de um programa de formação para as forças de segurança que atuam no ato de remoção, visando a preservação dos direitos humanos. Tal medida é fundamental, não só no âmbito administrativo, mas também no judicial, para que tenhamos ações que não transbordem o estrito cumprimento do dever legal, uma vez que não é incomum remoções com violação a incolumidade física, mental e material, como ocorreu na desocupação do Pinheiro<sup>28</sup>.

Desta feita, o entendimento da Resolução 17/21 é de que remoções forçadas, que não estejam embasadas em decisão judicial, implica violações aos direitos humanos, em especial à moradia, seu cabimento só pode ocorrer em hipóteses excepcionalíssimas, sempre precedido de regular processo administrativo que garanta a ampla defesa e o contraditório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade de precariedades econômicas e sociais cabe ao Estado garantir o mínimo essencial a cada cidadão, sendo vital que garanta o direito básico à moradia, sob pena de violação do princípio da dignidade humana.

O Estado que não garante o direito à moradia, não pode, ao mesmo tempo, ser o agente violador de direitos, expulsando pessoas de suas casas sem garantir qualquer solução habitacional.

As remoções administrativas são atos administrativos claramente ilegais, tanto no concerne às limitações impostas quanto à admissibilidade de autoexecutoriedade de determinados atos, como quanto à ponderação dos interesses públicos envolvidos, em especial o sopesamento com o direito fundamental à moradia.

Ademais, na grande parte dos casos não é observado o devido processo legal, o que redundando em mais uma violação de direitos.

A Resolução n. 17/21 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos avaliou minuciosamente a questão, apontando como violadora de direitos humanos os atos que redundem em despejos, remoções e deslocamento de pessoas desprovidos de ordem judicial.

Dessa feita, cabe agora à administração pública observar os preceitos estabelecidos na referida resolução, efetivando medida de prevenção de conflitos fundiários, na inevitabilidade destes que seja efetivada e fortalecida técnicas de mediação para que se alcance soluções garantidoras de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALFONSIN, Jacques Távora. O acesso à terra como conteúdo de Direitos Humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

BANDEIRA de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

*28 A Desocupação do Pinheiro ocorreu no ano de 2012, na cidade de São José dos Campos, e ficou conhecida nacionalmente pela violência empregada.*

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BONFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releituras da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES Neto, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 267-309.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção I, p. 1.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992, Seção I, p. 8793.

BRASIL. Lei n. 12.986, de 2 de junho de 2014. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 2014, Seção I, p. 3.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção I, p. 1.

BRASIL. Lei n. 14.216, de 7 de outubro de 2021. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 out. 2021, Seção I, p. 3.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 828, Rel. Ministro Roberto Barroso.

CAMPANHA despejo zero. Balanço dos dados até fevereiro 2022. Disponível em: <https://mapa.despejozero.org.br/?modo=panorama&recorteTerritorial=mr>. Acesso em: 6 dez. de 2022.

COMITÊ de direitos econômicos, sociais e culturais da ONU. Comentário Geral n.º 4, 13 de dezembro de 1991. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

COMITÊ de direitos econômicos, sociais e culturais DA ONU. Comentário Geral n.º 7, 20 de maio de 1997. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/47a70799d.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

CONSELHO nacional dos direitos humanos. Resolução n. 17, de 6 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/resolucao-n-17-de-06-de-agosto-de-2021->. Acesso em: 6 dez. 2022.

CONSELHO nacional de justiça. Justiça em números 2021. Brasília. CNJ, 2021. disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Tese (doutorado) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas em Direito, Florianópolis, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FUNDAÇÃO João Pinheiro. Relatório déficit habitacional no Brasil - 2016-2019. Belo Horizonte: FJP, 2021. Disponível em: [http://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05\\_Relatorio-Deficit-](http://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-)



Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf. Acesso em: 31 mar. 2022.

GAIO, Daniel. Inquietudes e questionamentos às remoções forçadas realizadas pela administração pública. In: Gaio, Daniel (org). Remoções Forçadas e a Administração Pública. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2020.

GONÇALVES, Leonardo de Mello. Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia. 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARINHO, Pedro Rennó. Ocupações Performativas. Corpos em aliança contra o Estado agente de despejo. Belo Horizonte, 2021.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord). Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. XIV Conferência Judicial Ibero-americana. Brasília, em 4 a 6 de mar. de 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 24 de jan 2023.

SAULE Junior, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

TAVARES, André Ramos; BOLZAN, Fabricio. Poder de Polícia: da Supremacia do Interesse Público à Primazia dos Direitos Fundamentais. In: DALLARI, Adilson Abdre e. al. (Coord). Tratado de Direito Administrativo. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013.



## Stalking e Cyberstalking: uma violação à privacidade e à intimidade

Jair Ilídio da Silva

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Pós-graduado em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Ibirapuera. Oficial da PMESP.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.4

## RESUMO

O objetivo principal desse estudo científico é demonstrar o que é Cyberstalking, a partir dos conceitos e características fixadas na Lei 14.132 de 31 de março de 2021, a qual acrescentou o Artigo 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), prevendo o crime de perseguição, a partir dos conhecimentos e práticas do Stalker. Trata-se de uma Lei ainda desconhecida pela maior parte da população, especialmente pela prática reiterada de comunicações por mensagens eletrônicas, diante da tecnologia que vem ganhando espaço no mundo digital. Outro fator relevante são as violações emocionais e psicológicas inseridas no contexto da vítima por meio desses comportamentos, tais como depressão, crises de pânico e ansiedade, ocasionando isolamento, perda de contato com os familiares, atividades laborais e vida social. Sendo assim, este artigo tem por finalidade fomentar a discussão em prol de um tratamento mais eficaz no combate a violação da intimidade e da vida privada, visando preservar o valor mais precioso que é o ser humano.

**Palavras-chave:** cyberstalking. stalking. intimidade e vida privada.

## ABSTRACT

The main objective of this scientific study is to demonstrate what Cyberstalking is, based on the concepts and characteristics set out in Law 14.132 of March 31, 2021, which added Article 147-A to Decree-Law No. 2.848 of December 7, 1940 (Penal Code), predicting the crime of persecution, based on the knowledge and practices of the Stalker. This is a Law still unknown by most of the population, especially due to the repeated practice of communications via electronic messages, given the technology that has been gaining space in the digital world. Another relevant factor is the emotional and psychological violations inserted in the victim's context through these behaviors, such as depression, panic attacks and anxiety, causing isolation, loss of contact with family members, work activities and social life. Therefore, this article aims to encourage discussion in favor of a more effective treatment in combating the violation of intimacy and private life, aiming to preserve the most precious value that is the human being.

**Keywords:** cyberstalking. stalking. intimacy and privacy.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo estudar as práticas desenvolvidas pelo Stalker, em primeiras considerações, seria aquele indivíduo que ao utilizar dos meios virtuais, promove perseguição à outra pessoa, o qual passa a importunar de forma insistente e obsessiva, impulsionando condutas que acabam por ferir ou violar preceitos fundamentais, consubstanciados na Lei Maior, por sua vez, ofendendo bens jurídicos relevantes, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, a intimidade e a privacidade.

O estudo do Stalking é novo no Brasil, embora tenha surgido na década de 1990, passando a ter relevância quando da ascensão da internet, foi a partir desta recente tipificação, que a doutrina brasileira iniciou os estudos de stalking e cyberstalking, condutas desconhecidas pela maioria dos acadêmicos e juristas.

O termo Cyberstalking é uma expressão do inglês, que significa “perseguição, caçada”, e consistem no uso de ferramentas tecnológicas com intuito de perseguir ou ameaçar uma pessoa, de modo repetitivo, manifestadas por rastrear trajetos, ligações telefônicas inconvenientes, monitoramentos informáticos, com o propósito de obter vantagens.

Por sua vez, essa nova tipificação visa coibir práticas ou condutas voltadas para a ameaça, perseguição, espionagem, ou seja, violação de diversos direitos personalíssimos, devastando a vida privada de um terceiro, de outra banda, necessário se faz identificar as maneiras eficazes de combate a esse fenômeno que assola a Sociedade.

## ORIGEM E CONCEITO DO TERMO STALKING

A expressão stalking surge do inglês, verbo to stalk, que significa “caçar, perseguir”, o stalker é o agente da conduta de stalking, é o indivíduo que espiona, persegue, causa repulsa e medo. A vítima é qualquer pessoa que conheça ou não o seu algoz, que seja ou não do seu relacionamento físico ou virtual, que se sente acuada, vigiada, sufocada, apavorada, limitada em suas atividades on line ou off- line.

Muitos stalkers nem sempre se escondem de suas vítimas, ao contrário, sempre estão por perto e fazem de tudo para chamar a atenção, querem a todo custo mostrar que estão no controle e tem o domínio da situação, utilizando-se de contato direto ou monitoramento informático.

No Brasil o assunto é pouco estudado, todavia, traremos referências de outros países, mormente da Inglaterra, como veremos as percepções de alguns autores.

Meloy (1992)<sup>1</sup>, reconhecida autoridade no campo do stalking, defende que:

Stalking é ameaça ou assédio anormal, que ocorre em longo prazo, e é dirigido a indivíduo específico. Trata-se de mais de ato de perseguição não desejada pela vítima e que se faz sentir-se assediada.

Sinwelski e Vinton(2001)<sup>2</sup> sustentam que comportamentos de stalking seriam aqueles que:

[...] variam de severidade e intensidade. Podem começar como atos que individualmente parecem insignificantes como contato repetido via ligações telefônicas, mensagens ou cartas. Caso a vítima não responda a tais contatos, a conduta pode escalar para contato físico não desejado ou aparição coincidente do stalker onde quer que ele vá. Às vezes o contato se dá na forma de presentes não queridos como flores ou joias. Outras vezes o stalker dissemina rumores falsos sobre a vítima e sua família, amigos, empregadores ou mente para assustar ou coagir suas vítimas.

Interessante definição vem de Ademir Jesus da Veiga (2022)<sup>3</sup> que o descreve:

[...] forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repercutindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos como, ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da

<sup>1</sup> MELOY, J. Reid. “The Psychology of Stalking”. In J. Meloy, ed. *The Psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives*. San Diego: Academic Press (1998).

<sup>2</sup> SINWELSKI, Shari A.; Vinton, Linda. “Stalking: The Constant Threat of Violence”. *SAGE Journals*, v. 16, n.1, p. 46-65 (2001).

<sup>3</sup> VEIGA, Ademir Jesus da. “O crime de perseguição insidiosa (stalking) e a ausência da legislação brasileira”. Disponível em: <http://veiga.blogs.unipar.br/?p=3>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados, entre outras.

Já para Rogério Donnini<sup>4</sup> (2013),

Stalking, é outra espécie de lesão, também antiga, que, diante das novas formas de comunicação, adquire uma nova dimensão mais abrangente e grave. Tem o significado, em inglês, de perseguição, ato de perseguir identificado na psiquiatria forense. Ofensor (stalker) é a pessoa que molesta de maneira incessante a vítima, mediante atos de intimidação e perseguição (social e psicológica) que, repetidos, causam angústia, medo ou depressão. É o caçador à espreita a imagem que se adéqua ao lesante.

## PERFIL DO STALKER

Em palestra promovida pela Escola Judicial, a professora de Direito Penal Marta Saad (2022)<sup>5</sup>, asseverou que:

“a internet se transformou em uma poderosa arma para os autores do cyberstalking, uma vez que o ambiente virtual facilita o crime, além de permitir que os criminosos se escondam com facilidade”. Aduz ainda, que “é um crime cometido por pessoas com perfis bem definidos. Normalmente são pessoas rejeitadas, carentes, com rancores e ressentimentos, ou mesmo por um conquistador incompetente, vaidoso e ganancioso”.

Os stalkers variam de perfil e *modus operandi*, conforme os respectivos traços biopsicológicos, o grau de patologia e as influências recebidas do meio social com o qual se identificam. Entretanto, vários pesquisadores reuniram as características mais comuns desse comportamento obsessivo e propuseram classificações cujo estudo interessa para o aprofundamento sobre o fenômeno.

Segundo Debra A. Pinals, em sua obra: “Stalking: Psychiatric Perspectives and Practical Approaches. Oxford: Universitu Press (2007).

“esse esforço científico de definir taxonomia é proveitoso para auxiliar na comunicação entre os profissionais de saúde, segurança pública, educação e justiça, auxiliando-os a pressentir as atitudes sequenciais dos stalkers e a elaborar prognósticos quanto à conduta criminosa, inclusive no tocante ao grau de risco à ordem pública”.

Portanto, estudar esse fenômeno é uma maneira de ajudar e auxiliar a sociedade a compreender melhor o stalking que surge como uma novidade no meio jurídico, da saúde, das ciências humanas e de outras áreas do conhecimento. Castro e Sydow explicam que:

Geberth trouxe, no início dos anos 90, uma classificação dividida em duas categorias de amplo espectro: stalker de personalidade psicopática e stalker de personalidade psicótica, sendo o primeiro geralmente do sexo masculino, que escolhe como alvo familiares, em geral ex esposa ou namorada. Esse primeiro, de personalidade psicopática, entretém o dogma da dominação masculina, esconde sentimentos de inferioridade e escalona seu comportamento com violência, quando acredita ter perdido o controle sobre a vítima. O último tipo é frequente em ambos os sexos e se torna obcecado por alguém inatingível, pode desenvolver ilusão de ser correspondido, embora na maioria das vezes o stalker, de personalidade psicótica, seja um completo estranho para a vítima. (CASTRO E SYDOW, 2021, p.97).

4 DONNINI, Rogério. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: volume VIII: dos atos unilaterais: dos títulos de crédito: da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 371.

5 <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/stalking-e-cyberstalking-sao-temas-de-palestra-da-escola-judicial/> acesso em: 05/08/2022.

O Professor Holmes (1993)<sup>6</sup> divide os stalkers em cinco categorias:

celebrity, lust, hitman, love-scorned, domestical e political. O stalker de celebridade persegue alguém famoso, geralmente do mundo do entretenimento ou desportivo, e deseja desfrutar glória ou fama da sua vítima. Os stalkers escanteados (love-scorned) ou agressores domésticos são, obviamente, conhecidos de suas vítimas e movidos por sentimento de rejeição, posse e raiva. O stalker sexual (lust) costuma ser predatório, buscar gratificação pela via do estupro ou do exercício da dominação, enquanto o perfil político tende a ser ideológico e focar em pessoas que ocupam cargos no poder público. O hitman anseia ganho material, age mediante paga, e costuma ser o “matador profissional” para quem a atividade de stalking é parte do processo de levantamento de dados para a execução do homicídio.

Os stalkers sexuais, contratados e políticos costumam ser desconhecidos de suas vítimas. Nesses casos apesar da ausência de contatos, como cartas, mensagens, telefonemas ou quaisquer formas de aviso, os alvos relatam a impressão estarem sendo vigiados. A partir dos seus estudos de casos concretos, Holmes conclui que, à exceção do tipo love-scorned, os demais stalkers apresentam pulsão homicida e, mesmo esse último, embora usualmente não pretenda matar suas vítimas, têm propensão à prática de violência.

Convém mencionar que é primordial destacar que, para o processo penal, a presença de transtorno mental de qualquer ordem não implica inimizabilidade. A capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com tal entendimento depende da perícia específica.

Regra geral, o estabelecimento da presença de transtorno mental serve para compreender melhor as circunstâncias do caso concreto, avaliar a extensão do risco, estabelecer plano de segurança para a vítima e propiciar, sendo o caso, tratamento ao ofensor, porém, não significa ausência de persecução e responsabilização penal.

Desse modo, as pesquisas apresentadas neste capítulo não se destinam a ser exaustivas ou definitivas em relação aos perfis de stalkers, apenas pretendem destacar a existência de motivações distintas para a prática do stalking, que impactam no entendimento dos casos concretos, permitindo melhor compreensão global do fenômeno.

## TIPOS DE COMPORTAMENTO DE STALKERS

O padrão de comportamentos do Stalkers possui determinadas peculiaridades, das quais se destacam a invasão da privacidade da vítima, a repetição de atos, o dano à integridade psicológica e emocional do sujeito passivo, a lesão à sua reputação, a alteração de seu modo de vida e a restrição à sua liberdade de locomoção.

Atualmente, o incremento do uso da tecnologia na sociedade tem criado mais oportunidades para os perseguidores rastream suas vítimas. O cyberstalking e o monitoramento eletrônico são as formas mais utilizadas.

O cyberstalking pode se dar de várias maneiras, como o envio de correspondência eletrônica com conteúdo ameaçador ou obsceno, o envio de lixo eletrônico (spamming), a ameaça ou intimidação em conversas em linha (abuso verbal “on line”), deixar mensagens impróprias em quadros ou listas de participantes, enviar vírus eletrônicos, correspondências eletrônicas não

<sup>6</sup> HOLMES, Ronald M. “Stalking in America: Types and Methods of Criminal Stalkers”. *Journal of Contemporary Criminal Justice* (December, 1993).

solicitadas, rastrear o computador de outra pessoa e as suas atividades na Internet, ou mesmo furto sua identidade eletrônica.

No relatório do Departamento de Justiça norte-americano (2012), foi identificado sete tipos de importunação ou comportamentos indesejados compatíveis com o curso de conduta sofrido por vítimas de stalking:

1. Telefonemas e mensagens;
2. Cartas e e-mails;
3. Perseguição e vigilância;
4. Aparecimento repentino e desmotivado em locais frequentados pela vítima;
5. Espreita e espera da vítima em locais determinados;
6. Presentes, objetos ou flores;
7. Disseminação de rumores sobre a vítima na forma de postagem da internet ou difamação/calúnia em local público ou boca a boca.

Os stalkers de celebridade ou de pauta específica ganham enorme potencialidade de meios no mundo cibernético, onde infinitos debates são entretidos on line, com desocupados que se arvoram qualificação técnica nos mais variados ramos do conhecimento. Nesse sentido, o setor de comentários em blogs, jornais ou redes sociais é terreno profícuo para a ação desse tipo de perseguidores, protegidos pelo anonimato e estimulados pelo feedback instantâneo.

Os cyberstalking usam métodos cibernéticos para assediar suas vítimas, famosas ou não. Dentre eles, furto de identidade; ameaças diretas ou veladas via internet; postagens que fazem acusações falsas ou fornecem informações inverídicas, denigrem imagem e honra ou violam a intimidade (avatars indesejados); criação de websites, blogs ou perfis específicos para essa finalidade; destruição de dados; e manipulação virtual. Ademais, costumam inflamar terceiros à incivildade contra seu alvo, por meio de provocação, adesão elogiosa à ideia ou falsa vitimização. Além do que se utilizam de ataques a equipamentos e monitoramento.

É imperioso destacar ainda que o mesmo que a importunação não se dê diretamente on line, quase sempre os stalkers começam seu curso de conduta criminoso levantando informações sobre o alvo. E essa etapa está cada dia mais facilitada pelo mundo pós-privacidade em que vivemos. Ademais, disponibilizamos voluntariamente enorme quantidade de material sobre nós mesmos; descrições detalhadas de perfil; updates frequentes nas redes sociais; fotografias, vídeos e hábitos; preferências de locais, comidas, músicas, filmes, livros; dados familiares, escolares e profissionais; check-in e geotagging (geo-marca).

Além disso, os stalkers ainda podem se valer de acesso a metadata, consulta ao *Google Street View*, bem como de *cookies* e *malwares* (vírus, trojan horses, spywares etc.). É também evidente que os stalkers domésticos têm maior acessibilidade à vítima, de modo que levam a vantagem do conhecimento íntimo, inclusive com previsibilidade das reações e emoções e, adicionalmente, detém facilidade de acesso físico aos equipamentos eletrônicos (celular, notebook, desktop), o que facilita a instalação de *tracking*, aplicativos espiões ou *softwares* de controle remoto de câmera ou equipamento.

Finalmente, é sempre bom lembrar que, em tema de stalking, os contatos, correspondências e presentes podem parecer no início inócuo ou envolvente, mas a recusa ou desinteresse de alvo em intensificar o relacionamento faz com que a frequência e o teor dessas abordagens se transformem.

Ao fim, alguns stalkers escalam para violência contra a vítima ou seus familiares, consistente em sequestro, cárcere privado, espancamento, tortura, estupro e homicídio ou feminicídio. Outros assassinos profissionais, predadores, sádicos ou psicopatas, já têm tais objetivos extremos desde o princípio, e as fases da perseguição, vigilância, importunação ou assédio crônicos ou do episódio dramático agudo apenas servem à satisfação pessoal que obtém no exercício de poder e controle.

## **DIREITO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA**

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, X, proclama a inviolabilidade da intimidade, vida privada, imagem e honra do indivíduo. Não há qualquer menção ao vocábulo privacidade.

Entre os autores, há pouco consenso na utilização dos termos referidos. Ora utiliza-se vida privada, ora intimidade. Alguns, como nós, falam em privacidade. Para sanar a questão, de modo a não deixar dúvidas quanto à nomenclatura, iremos tecer breve comentário sobre os referidos termos.

A despeito de pequenas controvérsias, o entendimento dominante, neste sentido, é que a intimidade seja o núcleo da vida privada, seu espaço interior.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece sobre a dificuldade de diferenciação entre vida privada e intimidade, argumentando que esta acaba por ser elemento daquela, seu núcleo mais interno, mas com ela não se confunde.

Os termos, de fato, podem ser diferenciados, sendo que é comum, entre os autores, caracterizar a vida privada como uma esfera oposta à vida pública e a intimidade como um núcleo impenetrável onde somente o indivíduo, por si só, tem acesso. Logo, quando se trata de sigilo bancário, relacionamento profissional, rol de clientes, falamos em vida privada, por outro lado, os segredos pessoais, dúvidas existências e orientação sexual, pertencem à esfera da intimidade.

Em suma, “consideram os juristas brasileiros que as expressões não são sinônimas, mas estão em uma relação de gênero e espécie, constituindo a intimidade um âmbito mais restrito da vida privada”.

Contudo, apesar da diferenciação apontada entre vida privada e intimidade, o vocábulo privacidade aparece no sentido de unificar estas expressões, pois de qualquer forma, em termos práticos, esta diferenciação apresenta reduzida importância, uma vez que os efeitos jurídicos da violação da intimidade e da vida privada são idênticos, ensejando, no âmbito civil, o dever de reparação consistente no pagamento de indenização dos danos morais e patrimoniais sofridos pela vítima.



José Afonso da Silva (2007) expõe que<sup>7</sup>:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou.

Este posicionamento é afirmado por outros doutrinadores: “[...] privacidade envolve não só intimidade e vida privada, mas é a exacerbação desses direitos, que são inerentes à natureza humana”.

Além das posições doutrinárias, os tribunais vêm utilizando o termo privacidade no sentido amplo, albergando as expressões intimidade e vida privada, além de outros direitos correlatos.

Portanto, nós utilizamos o termo privacidade num sentido amplo, de forma a abarcar a intimidade e a vida privada em seu bojo. Assim, nos livramos de possíveis incongruências que poderiam originar-se da distinção elencada, bem como englobamos, em nosso discurso, as manifestações a cerca do enunciado que digam respeito às manifestações deste direito em face das novas tecnologias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática do Stalking é um episódio crescente em nossa sociedade, dessa forma, milhares de pessoas sofrem cotidianamente. Trata-se de um problema social em crescimento, para tanto, merecem dedicado estudo nas mais variadas linhas do conhecimento.

O Stalker viola a liberdade, dignidade, privacidade e intimidade, bens jurídicos que devem ser tutelados a qualquer custo. Aniquila a paz de suas vítimas, com consequências que podem se desdobrar no tempo, acarretar traumas inconvertíveis lesões irreparáveis à imagem e à honra.

As considerações ora projetada, resume-se na importância e necessidade de se discutir essa problemática em evolução, pois o que ainda se percebe tanto nas pesquisas acerca do tema, ressalte-se limitadíssimos, é que há um total desconhecimento sobre a prática do Stalking, no qual muitas vezes as pessoas nunca sequer ouviram falar deste termo, ou possuem um conhecimento inadequado, seja por limitar a prática somente ao âmbito virtual ou por igualar semanticamente ao que constantemente é feito pela prática de visitar o perfil social da pessoa desejada muitas vezes ao dia.

Dessa forma, devemos tomar cuidado com o que se publica, pois as redes sociais estimulam esse padrão. As pessoas tiram fotos, gravam vídeos (lives), compartilham hábitos como o que se costuma ler, ouvir ou assistir, informações que podem gerar oportunidades para os stalkers invadirem a sua privacidade.

Portanto, o stalker não causa danos somente à vítima, mas a sociedade brasileira como um todo, pois, ao violar direitos que ela elegeu como fundamentais para o desenvolvimento da personalidade humana, impossibilitando a consecução de um dos fundamentos da República.

---

<sup>7</sup> SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. Edição São Paulo: Malheiros, 2007. P. 206.

## REFERÊNCIAS

- CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Staling e cyberstalking. Editora JusPodivm, 2021.
- COSTA JÚNIOR, P. J. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- CRESPO, Marcelo. Algumas reflexões sobre cyberstalking. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/>>. Acesso em: 05 de julho de 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAMA, G. C. N.; PEREIRA, D. Q. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. Revista dos Tribunais, São Paulo, V.853, p.58-76, nov. 2006.
- LEONARDI, M. Tutela da privacidade na internet. 2009. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- LIMA, Wesley de. Apontamentos sobre o fenômeno do stalking: uma realidade emergente na sociedade contemporânea. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apontamentos-sobre-o-fenomeno-do-stalking-uma-realidade-emergente-na-sociedade-contemporanea/>. Acesso em 08 de julho de 2021.
- MELO, Jamil. O crime de stalking e seu reflexo na legislação brasileira. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-de-stalking-e-seu-reflexo-na-legislacao-brasileira-parte-2>>. Acesso em: 29 de junho de 2021.
- MELOY, J. Reid. “The Psychology of Stalking”. In J. Meloy, ed. The Psychology of Stalking: Clinical and forensic perspectives. San Diego: Academic Press, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 7ª Edição, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.
- SARLET, W.I.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. 9ª Ed. Saraiva, 2020.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª Ed. Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio. A Constitucionalização do Direito. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SYDOW, Spender Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. Stalking e Cyberstalking. Salvador: JusPodivm, 2021.
- SYDOW, Spender Toth; Curso de Direito Penal Informático. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TOMIZAWA, G. A invasão da privacidade através da internet: a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.



## A tutela jurisdicional dos seres sencientes

Jair Ilídio da Silva

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Pós-graduado em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Ibirapuera. Oficial da PMESP.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.5

## RESUMO

O objetivo principal desse estudo é consolidar apontamentos sobre os direitos fundamentais dos animais não humanos, como a vida, a integridade física e o bem-estar. Podemos definir os animais como seres sencientes, os quais exprimem dor, emoções e sentimentos, adjetivos imprescindíveis à dignidade e reconhecimento de sua titularidade. Os animais não humanos possuem garantias de direitos, tanto quanto os humanos, não devendo o Estado desonerar-se, vez que estão obrigados a garantir e dar proteção judicialmente aos seres sencientes. A metodologia utilizada no desenvolvimento desta pesquisa foi de reportagens jornalísticas, doutrinas e legislações.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais. seres sencientes e animais não humanos.

## ABSTRACT

The main objective of this study is to consolidate notes on the fundamental rights of non-human animals, such as life, physical integrity and well-being. We can define animals as sentient beings, which express pain, emotions and feelings, essential adjectives for the dignity and recognition of their ownership. Non-human animals have rights guarantees, as much as humans, and the State should not relieve itself, since they are obliged to guarantee and provide judicial protection to sentient beings. The methodology used in the development of this research was journalistic reports, doctrines and legislation.

**Keywords:** Fundamental rights. sentient beings and non-human animals.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 protege a flora e a fauna, mas não reconhece os animais como seres sencientes, ou mesmo como entes despersonalizados não humanos, que poderiam ter seus interesses defendidos processualmente por meio de seus procuradores legais, assim como vem ocorrendo em alguns casos no Estado Brasileiro. Esse reconhecimento fundado nos conceitos de natureza biológica e emocional lhes dá a expressão de seres sencientes, passíveis de sofrimento, emoção e sentimento, amparadas também pela possibilidade de enquadrar os animais não humanos como sujeitos de direitos, devendo obter tutela jurisdicional em caso de violação.

Compreender que a dignidade é um direito fundamental a todos, e que determina a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, sendo imprescindível a criação de uma diversidade de direitos voltados às outras espécies. Ao lidarmos com a dignidade, rompemos com a teoria do antropocentrismo, que coloca o homem como centro do universo jurídico, e por ser um tema novo, requer debates, pois o nosso ordenamento jurídico ainda se encontra enraizado numa visão antropológica.

Essa visão antropocêntrica faz com que os homens se vejam superiores a todas as outras coisas e ao mesmo tempo, faz com que o meio ambiente seja base de sustentação de

atividades econômicas e que seja favorável apenas à satisfação das necessidades humanas.

Nosso país é voltado para uma grande variedade de leis com a finalidade de garantir direitos aos animais, mas ainda muito longe da sua eficácia. Elas não são suficientes para garantir sua proteção, e por outro lado, há a ausência de conscientização e fiscalização por parte da sociedade.

A sociedade enxerga o animal como sujeito de direito, e por mais que estejamos evoluídos, ainda resta um caminho longo para a conquista de equidade diante do ser humano, cabendo ressaltar que os animais não possuem capacidade de decidir e escolher, pois são seres irracionais.

Em 2021, uma decisão inédita do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>1</sup> (TJPR), reconheceu os animais como sujeitos de direito no país, que o direito violado é subjetivo do animal, e o único que teria capacidade de buscar reparação do direito violado era o próprio titular, abrindo um precedente para futuras ações que argumentam em prol de animais como autores das ações e sujeitos de direito.

## O ANIMAL NÃO HUMANO COMO SER SENCIENTE

Analisando o dicionário Michaelis<sup>2</sup>, o termo senciente vem do latim *sentiens entis* que significa capaz de sentir ou perceber através dos sentidos. De outra forma, são seres que possuem ou conseguem receber impressões ou sensações.

Importante salientar que não se deve misturar o conceito de senciente com o de autoconsciência, que se define um sujeito tem de si próprio. Senciência é a “capacidade de sofrer ou sentir prazer ou felicidade”. Não inclui, necessariamente, a autoconsciência. A palavra senciência é muitas vezes confundida com sapiência, que pode significar conhecimento, consciência ou percepção. As duas palavras podem ser diferenciadas olhando-se suas raízes latinas: *sentire* é “sentir” e *sapere* é “saber”. Senciência, portanto, é a capacidade de sentir.

Partindo deste princípio, pode-se definir a senciência como um estado da mente que acompanha as sensações físicas como dor, frio e fome. Pode-se dizer que a senciência corresponde a sensibilidade e consciência, sendo algo que somente será encontrada em seres do reino animal.

Destarte, a senciência e a consciência podem ser apontadas como fundamentos do Direito Animal brasileiro. A característica mais usada para reconhecer a senciência, portanto, é a dor, fazendo com que o conceito utilizado em defesa dos animais não humanos, requeira questionamentos, debates e arguições em busca de reconhecimento e proteção legal.

A atual doutrina tem entendido que nos animais vertebrados, por possuírem sistema nervoso central, a capacidade de sentir existe, de tal modo que os animais que fazem parte do dia a dia do ser humano devem ter direitos como indivíduo.

Conforme aduz, Gary L. Francione<sup>3</sup>, primeiro acadêmico a lecionar sobre o tema “direito dos animais” em uma universidade americana, a garantia dos animais tem como critério funda-

<sup>1</sup> <https://www.ufsm.br/midias/arco/animais-sujeitos-de-direito-legislacao-brasileira/> acesso em: 22/05/2022.

<sup>2</sup> <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=D9Z5M/> acesso em: 23/05/22.

<sup>3</sup> FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p. 32.

mental e suficiente a senciência, complementando que:

Não há qualquer característica que sirva para distinguir os humanos dos outros animais. Qualquer atributo que possamos pensar que torna os humanos especiais, e assim diferentes dos outros animais, é compartilhado por algum animal não humano.(FRANCIONE, 2013)

Hodiernamente não temos um ramo do direito que trate expressamente dos animais, podemos perceber que nos últimos anos há notória repercussão no âmbito nacional, com incentivo de Organizações não governamentais e projetos relacionados aos animais não humanos, promovendo proteção e melhores condições.

Atualmente, a definição dos direitos dos animais tem-se modificado vez que começam a surgir, de forma natural, jurisprudências em favor dos animais, considerando os mesmos como seres sencientes de direitos, melhor dizendo, para tratar os animais não humanos como sujeitos de direitos, faz-se necessário conceder a eles titularidade de direitos, podendo ser imposta por legislação infraconstitucional a partir da validação do constituinte brasileiro.

Recentemente o juiz Leandro Katscharowski Aguiar<sup>4</sup>, titular da 7ª Vara Cível da cidade de Joinville, Estado de Santa Catarina, declinou competência para a Vara da Família, acerca de um processo de posse e propriedade de cão por entender que o animal, motivo do litígio, seria um ser senciente, afirmando que:

Quem sabe se valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa a aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência.(AGUIAR, 2022)

Posto isso, convém notar que o entendimento das cortes vem se modificando a respeito dos animais não humanos, e é bem verdade que iremos nos deparar com muitos conflitos, posto que não temos um Código de Proteção aos Animais, com disposições e punições severas, de modo a combater a crueldade contra os animais.

## A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Com relação à proteção jurídica dos animais, é possível constatar práticas reiteradas de crueldade contra os animais, restando necessário o advento de normas para regular e garantir a defesa e preservação não somente da flora e fauna existente, mas também dos animais.

Com o passar do tempo, houve o surgimento de legislações de proteção aos animais não humanos, demonstrando a importância da proteção ao meio ambiente, pois é algo necessário e imprescindível para a sobrevivência da humanidade.

A autora Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros aduz que em 1988 houve uma significativa modificação na legislação brasileira, com a chegada da Constituição Federal. Com a evolução da sociedade no final do século XX, fez-se necessário repensar na situação, modificando-se os hábitos de viver. Assim, “direito é decorrente das transformações sociais e de suas demandas e as normas jurídicas são fruto da necessidade do Estado regular em conformidade com essas novas demandas da sociedade” (MEDEIROS, 2013, p. 45).

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a máxima proteção legal

<sup>4</sup> IBDFAM. *Magistrado considera cadela criatura senciente e declina competência sobre processo de posse para vara de família.* Disponível em: Acesso em: 25/05/22.

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que estão ligados pelos fundamentos de proteção da vida e da saúde, salvaguardando a dignidade da pessoa humana. A solidariedade com as próximas gerações só fará mais sentido se houver solidariedade com os que sofrem atualmente, devendo haver uma complementação para que haja resultados positivos às próximas gerações.

Nessa linha de raciocínio, a teoria dos direitos fundamentais não pode eliminar os animais não humanos, de modo que vai se modificando e modernizando ao ponto de admitir que os direitos fundamentais dos animais existam, não somente delimitando a força estatal em sua origem, mas também para estabelecer limites do poder um sobre o outro, em uma eficácia horizontal.

Para Daniel Sarmiento<sup>5</sup>, em relação ao tema, aduziu:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, com o mercado, as relações de trabalho e a família. (SARMENTO, 2006, p. 323)

De acordo com o autor José Joaquim Gomes Canotilho, o direito ambiental tem uma ligação direta com a dignidade à vida, ocorrendo uma realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que está previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, destaca-se como um verdadeiro protetor da dignidade à vida de forma geral, o direito dos animais como uma proteção aos animais não humanos, é sem dúvida um direito fundamental que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro (SARAIVA, 2010, p. 118).

Alexandre de Moraes, atinente o direito ao meio ambiente estabilizado, expressou que é de terceira geração, que tem como base a fraternidade e a solidariedade, se encaixa na categoria dos direitos em que se destina aos gêneros humanos e não necessariamente à proteção dos indivíduos de uma determinada região ou grupo (ATLAS, 2009, p. 31-32).

Reproduzindo a teoria da Igualdade no que tange aos direitos fundamentais dos animais, no sentido de tê-lo como obrigação de ser-lhes dado no que for compatível, é possível verificar que os animais requerem um direito fundamental que é o direito à vida, o que não significa viver nos luxos extremos, receber heranças e usar joias caras.

A nossa Constituição Federal, em seu Artigo 225, prevê e admite que os animais não humanos são munidos de dor, emoções e sentimentos, forçando o Estado e a Sociedade o dever de preocupar-se com a vida, a liberdade e integridade física dos animais.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em que pese o Brasil vedar de forma expressa na Constituição Federal a crueldade e maus tratos com os animais, eles são utilizados para vários fins sem qualquer controle, indo na direção oposta às legislações. Cumpre ressaltar que o descumprimento dessas legislações de

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2016

maneira mais eficaz não quer dizer que o direito não exista, devendo ser garantido pelo judiciário.

Devido à criação da Constituição Federal de 1988, houve um grande avanço para a proteção dos animais, como a editada Lei nº 9605, em 1998, Lei de Crimes Ambientais, passando de contravenção para crime, sendo punido com detenção de seis meses a um ano, quem maltratar, matar, perseguir, caçar, animais silvestres, citamos o artigo 32:

Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa.( CONSTITUIÇÃO FEDERAL,1988)

Outrossim, apesar dos animais domésticos não humanos contar com proteção legislativa constitucional e federal, ainda há um longo caminho a ser percorrido, pois, enquanto o Código Civil tratar esses animais como “coisas e objetos”, a cultura social de que os animais não são sujeitos de direito irá perdurar, fazendo com que sua dignidade seja desrespeitada ou até mesmo não reconhecida.

## **Princípio da dignidade à vida dos animais não humanos**

O princípio da dignidade à vida é o mais indicado para que se possa fundamentar o tratamento mais adequado e mais ético aos seres de espécies diferentes dos seres humanos.

A doutrina vem trazendo outros elementos que são fundamentais, além do princípio da dignidade à vida, como por exemplo, valores intrínsecos, interesses, racionalidade prática, a compaixão e o mais importante, a sciência.

Os maus tratos aos animais geram um sentimento de compaixão no ser humano, pois, de alguma maneira, trata-se da vida do animal não humano, demonstrando que o indivíduo atribui importância diferenciada aos animais, o que não aconteceria com um bem móvel, um sofá ou uma cadeira.

Os animais não humanos não devem mais ser considerados coisas, mesmo que ainda existam pessoas que os tratam como objetos, não conseguindo sentir compaixão por uma “coisa”.

De acordo com o art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei:

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 (...).

Conforme Vânia Márcia Damasceno Nogueira em sua obra Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos aduziu: o que faz os humanos serem iguais uns aos outros é justamente o fato de serem sujeitos de uma vida, os interesses que possuem em qualidade de vida e liberdade. Bem estar é algo que todos buscam, tornando-se aptos de terem direitos que venham a garantir esses interesses (NOGUEIRA, 2012, p. 280).

O fato de “ser sujeito de uma vida” faz com que todos se tornem iguais conforme a habilidade de ter status moral, a igualdade tenha sentido.



Partindo do pressuposto que os animais também podem fazer parte desta classificação, ou seja, também são “sujeitos de uma vida”, pode-se afirmar que possuem vida, já há garantia ao direito de serem iguais aos humanos.

É necessário lembrar que o maior bem é a vida, não sendo possível uma vida valer mais que outra, inferior ou superior. Ultrajar um animal não humano, tendo como argumento a sua inferioridade intelectual, comparando-os com os seres humanos, é ofender a igualdade a vida.

Há uma grande diferença entre os animais e os humanos que se precisa destacar. Os primeiros matam outros animais, pois assim mantém o funcionamento da cadeia alimentar e o equilíbrio ecológico. Os humanos, ao contrário, quando matam outros animais fazem por esporte, por prazer, para embelezar o corpo, satisfazer o paladar, mas muitas vezes, não é por necessidade. Os humanos também matam membros da sua própria espécie, mas imbuídos pela ganância, ambição, inveja e sede de poder. Entretanto, não somente matam, a história demonstra a tendência humana à tortura, o que se observa nos campos de concentrações e nas prisões.

A declaração universal dos direitos dos animais traz em seu artigo 1º, a garantia de que todos os animais são iguais, da mesma forma que a Constituição Federal garante aos humanos. Possuindo, assim, os animais não humanos, o mesmo valor que os humanos.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTEM DIREITO AOS ANIMAIS**

Considerando que existe uma responsabilidade estatal em relação aos animais não humanos, instituída pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, e que os animais não humanos são seres sencientes, dotados de valor intrínseco e dignidade própria.

Políticas públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis. São medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem-estar da população. Além desses direitos, outros que não estejam na lei podem vir a ser garantidos através de uma política pública. Isso pode acontecer com direitos que, com o passar do tempo, sejam identificados como uma necessidade da sociedade.

Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia.

Por isso, é necessário, em relação a cada tipo de política, verificar quais são as estratégias em determinadas conjunturas. No caso, quais são os aspectos desses movimentos que precisam ser considerados no processo de formulação de políticas públicas em defesa dos animais.

Percebe-se, portanto, que as políticas públicas, dentro de uma visão sistêmica, são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses.

Envolver os animais na esfera das formulações e implementações de políticas públicas no Brasil, apesar de mostrar-se como tendência das ações públicas, ainda não é algo aceito univocamente. Discutir e buscar regulamentar o uso de animais pelo homem, restringindo hábitos

arraigados, assim como instituir políticas públicas que demandem dinheiro público para beneficiar seres que não os cidadãos, comporta inúmeras determinações e novas perspectivas. É fácil visualizar a forma como são concebidas as ideias e práticas da cultura, da ciência, do direito, da ética e da política, no que diz respeito ao hábito arraigado de se dispor dos animais para diversos fins, como se fosse uma relação natural e indiscutível, assim como reificada.

Se As políticas públicas constituem um dos principais resultados da ação do Estado, e cabe ao Estado a formulações que garantam a proteção à fauna, dentre as especificidades, o de coibir atos de crueldade animal, legitima-se a demanda por ações públicas voltadas à defesa dos animais.

É imprescindível que o Poder Executivo cumpra com o seu papel, fazendo com que as obrigações constitucionais referentes à proteção animal se tornem efetivas. A atuação do gestor público está compreendida pela eficiência e eficácia, prevenindo o abandono futuro de animais não humanos, visto que os animais não humanos são vítimas da falta de responsabilidade dos humanos. O abandono de animais não humanos ocorre quando o Direito Animal não é aplicado efetivamente. Daí a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas para os animais não humanos na gestão pública atual. A compaixão sempre será muito importante, mas o cumprimento da obrigação constitucional de proteção e cuidado aos animais não humanos é imprescindível

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ser senciante é aquele capaz de sentir, de vivenciar sentimentos como solidão, dor, alegria ou perceber através do sentido, dotados de sensibilidade e consciência, expressando as dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais. O sentimento, a emoção e o sofrimento vivenciado pelo animal não humano fazem com que se justifique a aplicação de direitos a eles.

Cumprir destacar o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos dos animais, em que se observa que todo animal tem direito a ser respeitado; o homem deve cuidar e proteger a espécie animal, não pode exterminar nem explorá-los violando esse direito, e por fim, todo animal tem direito à atenção, cuidados e à proteção integral do homem.

No decorrer da história, verificamos a existência de atrocidades em desfavor dos animais não humanos, o que levou a criação de normas para regular, proteger e garantir defesa e preservação deles, além da Declaração dos Direitos dos Animais. Em consequência, observou-se a utilização da teoria dos direitos fundamentais que trouxe a proteção dos animais, vinculando à defesa do meio ambiente.

Nesse raciocínio, aplicou-se o princípio da dignidade à vida aos animais não humanos, partindo do pressuposto que o mais indicado para fundamentar o tratamento de forma ética aos seres dotados de senciência. Dessa forma, não mais considerando os animais não humanos como coisas ou propriedades, mas sim seres que sentem sentimentos e exprimem sensações como nós humanos, o artigo 5º da Constituição Federal, juntamente com o artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Animais, de maneiras diferentes, remeteram ao tratamento igualitário entre os seres, ou seja, a igualdade de tratamento.

Cumprе esclarecer que o Brasil vem caminhando a passos lentos, tendo em vista os conflitos entre doutrinas civilistas e jurisprudências, no sentido desta impossibilidade de adquirir a qualidade de sujeitos de direito, mas ainda temos muitas batalhas, porém, cada vez mais surgem adeptos e todos estão aos poucos se adequando a nova realidade, quer seja, os animais possuem direitos e os humanos devem lutar por eles.

## REFERÊNCIAS

ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do direito civil. Editora Saraiva: São Paulo, 2011.

FRANCIONE, Gary L. Introdução aos direitos animais. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. 2ª Edição São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. Direitos Fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. 2012.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara nº 1.068, de 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara nº 1.068, de 2021.

Capítulo

**06**



## **Direitos humanos e sistema prisional**

---

Pierre de Oliveira Menegoni  
Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.6

## RESUMO

A presente pesquisa trata-se de um estudo sobre Direitos humanos e sistema prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Entre os objetivos está à busca de maiores informações sobre o tema. O detento ao ingressar no sistema prisional, deve ter todos os seus direitos assegurados através da legislação assegurados, bem como quando consegue sua liberdade, o mesmo se depara com diversos obstáculos devido ao estigma que carrega e em muitos casos volta a delinquir sendo apenas mais um nos indices de reincidência.

**Palavras-chave:** direitos humanos. assegurados. sistema prisional.

## ABSTRACT

The present research is a study on human rights and the prison system. Through a literature review with bibliographic research in which information is sought in books, magazines, publications and other materials on the subject. Among the objectives is the search for more information on the subject. The detainee, when entering the prison system, must have all his rights guaranteed through the legislation, as well as when he gets his freedom, he is faced with several obstacles due to the stigma he carries and in many cases he goes back to the crime being just another in the recidivism indicators.

**Keywords:** human rights. assured. prison system.

## INTRODUÇÃO

A atual situação do sistema prisional brasileiro é de falência, e pode-se constatar a partir da situação de celas lotadas, com indivíduos espremidos e sem lugar sequer para dormir, falta de assistência médica, material básico para higiene, alimentação precária, entre outros, onde há o desrespeito aos Direitos Humanos e o descumprimento da Lei de Execução Penal.

O sistema prisional possui como objetivo a recuperação dos detentos e a sua preparação para que não reincidam em práticas delituosas, fato esse que infelizmente não acontece, isso se dá devido as condições precárias das unidades prisionais brasileiras e as condições desumanas em que os detentos vivem, sendo assim fica impossível que o indivíduo preso possa ressocializar-se, pois se quer tem seus direitos mais remotos respeitados.

Por estar privado de sua liberdade o preso encontra-se em uma situação especial a qual condiciona-o a uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas Leis, o Estado além de ser responsável pela sua guarda e integridade, fica obrigado a lhe assegurar tais direitos como, assistência material, saúde, educacional, jurídica entre outros, no entanto o que se assiste nos presídios é uma realidade totalmente diferente.

Os Direitos Humanos fundamentados pela Constituição Federal visam resguardar o mínimo de dignidade ao indivíduo, no entanto a dignidade não é algo que se presencia nos presídios brasileiros, muitos não oferecem mais do que condições sub humanas, o que viola direta-

mente os Direitos Humanos.

## DESENVOLVIMENTO

O sistema carcerário é denominado como o conjunto de prisões, presídios e cadeias em um determinado território nacional, na sua maioria são financiados pelos governos estaduais com verba repassada pelo governo federal. O sistema é conduzido por regras internas, assim como aquele que cometeu um crime irá cumprir sua pena recebendo uma reeducação, para que possa se restabelecer novamente na sociedade e tenha uma nova chance de construir algo e agir de forma correta perante a Lei, porém no Brasil não é o que se vê.

O Brasil atualmente é um dos países que mais apresenta problemas no campo prisional, diariamente depara-se com notícias através dos meios de comunicação que demonstram as dificuldades enfrentadas pelos detentos, como superlotação, alimentação inadequada, falta de limpeza, falta de água potável, abuso sexual, falta de segurança, consumo de drogas, entre outros.

O sistema prisional brasileiro demonstra sua fragilidade e ineficácia, no sentido de que esse lugar onde os detentos pagam pelos seus erros, de maneira a refletir e não voltar a criminalidade, acaba mostrando-se como um local mais perigoso do que fora dele e muitas vezes se ouve que os detentos saem desses locais piores do que quando ali ingressaram, isso quando não são vítimas de massacres acometidos por outros detentos.

O sistema penitenciário não vem possibilitando ao detento de ressocializar-se, pois seus direitos sequer são respeitados.

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, 2008, p. 89).

Em sua maioria os presos são jovens advindos de camadas sociais marginalizadas socialmente, são filhos de famílias desestruturadas que não tiveram acesso à educação nem a uma formação profissional, e se não tiverem condições necessárias dentro das instituições prisionais, não poderão retornar ao convívio social como cidadãos do bem.

A sociedade não pode calar-se ou fingir que não vê a violação dos direitos humanos dentro do sistema prisional, ficar inerte perante o sofrimento totalmente desnecessário e inaceitável que fazem parte do cotidiano daqueles que estão sob custódia do Estado.

Cabe salientar que a população carcerária irá circular em meio a sociedade futuramente e não pode-se aceitar que os detentos vivam em condições desumanas, tendo seus direitos violados vivendo em um local que mais parece-se com um campo de concentração

A dignidade humana constitui-se em 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 nesse 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 e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 6).

O número de detentos maior que o número de celas são amontoados, sem condições dignas para viver, tal situação acaba gerando revoltas e motins e acabam ocasionando em rebeliões nos presídios brasileiros motivados pelas condições precárias as quais os detentos são submetidos, onde chega a ocorrer revezamentos na hora de dormir devido à falta de espaço para que todos durmam ao mesmo tempo. A superlotação carcerária acaba afetando o país todo e embora diversas medidas sejam tomada, pode-se dizer que não são suficientes para amenizar essa questão, que vem tomando proporções assustadoras.

A dignidades do detento é violada constantemente, sem que se cogite a ideia de que o detento não possui dignidade devido ao fato de serem autores de diversos crimes, sua dignidade estaria comprometida. Tal pensamento deve ser repudiado pois todos as pessoas mesmo aquelas que cometeram algum delito não poderá ser objeto de desconsideração.

Os direitos humanos apresentam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas constituições ou nos tratados internacionais. A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para promoção da dignidade humana. (RAMOS, 2017, p. 7).

O mais assustador é que boa parte da sociedade cala-se diante de fatos tão absurdos, preocupando-se apenas com a violência que está solta nas ruas, esquecendo-se que o detento mais cedo ou mais tarde, que sofreu diversos abusos, irá voltar ao convívio em sociedade e dificilmente deixará de reproduzir o que vivem dentro do sistema prisional.

O atual declínio do sistema prisional atinge não somente os detentos mas sim as pessoas que encontram-se em contato com essa realidade carcerária de maneira direta ou indireta.

O Estado possui o poder de prender um indivíduo, com base na proteção dos bens jurídicos tutelados por ele mesmo, cujo objetivo é manter uma sociedade mais pacífica, harmônica e justa.

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação." (MIRABETE, 2002, p. 145).

Os poderes públicos mostram-se omissos e boa parte da população, inúmeras vezes influenciada pela mídia, acaba reproduzindo um discurso de que os detentos não são indivíduos de direito, tais manifestações legitimam a crueldade do sistema prisional e ignoram os direitos fundamentais daqueles que cumprem pena restritiva de liberdade.

Devido a consequência do descaso das autoridades, o Brasil vem sendo palco de diversos episódios onde civis fazem justiça com as próprias mãos, buscando dar uma resposta à

própria sociedade, que vem assistindo o aumento da criminalidade.

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. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.(BRASIL, 1984).

A desigualdade social mostra-se mais evidente quando olha-se mais especificamente para o sistema prisional, pois se esses indivíduos não tinham acesso às oportunidades quando estavam em liberdade, após serem presas essas possibilidades mostram-se totalmente eliminadas e acabam recebendo sofrimento, desrespeito e a necessidade de adaptarem-se às regras do cárcere.

Todos os Estados devem assegurar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, no entanto o problema nasce quando o próprio Estado acaba violando os direitos fundamentais de um determinado grupo de cidadãos, isso refere-se ao caso das pessoas privadas de liberdade.

Devido aos efeitos decorrentes de tal situação, existe uma frustração quanto ao objetivo da pena que é a ressocialização, que acaba produzindo a reincidência e gerando o aumento da criminalidade, que por sua vez faz com que a sociedade tenha seu medo aumentado em relação à crescente escalada de violência, gerando então o descrédito nas instituições públicas e pavor dos condenados.

O sistema penitenciário no Brasil é o retrato fiel de uma sociedade desigual, marcada pela ausência de políticas sociais para o enfrentamento das situações específicas da questão social, bem como pela falta de seriedade política na constituição da cidadania para milhares de homens e mulheres presos. A legislação em si é letra morta, sem o desenvolvimento de políticas sociais distributivas e universalizantes, principalmente para os extratos de baixa renda, que na maioria passam a compor uma parcela da população penitenciária brasileira (CAETANO, 2017, p. 1).

A constituição prevê punição a qualquer forma de discriminação que atente os direitos e liberdades fundamentais e veda a aplicação de penas cruéis, desumanas, assegurando ao detento o respeito à integridade moral e física.

O sistema punitivo acabou tornando-se uma máquina de produzir criminalidade, e não está nem perto de trazer a paz social, pois trata-se de um sistema que humilha, controla os seres humanos, deixando-os mais violentos e voltados para a criminalidade, realidade a qual está longe de fazer com que o detento possa ter uma vida normal sem criminalidade e violência.

A Lei de Execução Penal (LEP), possui como finalidade estabelecer quais direitos o receptor da reprimenda terá para que a pena seja eficiente e propicie a tão sonhada ressocialização.



Os Direitos Humanos deve estar pautado no mais legítimo cumprimento da Lei, que busca a recolocação daquele, que praticou algum crime no contexto social, buscando sua reinserção e respeitando sua dignidade enquanto pessoa.

O Estado falha em garantir a integridade dos presos em muitas unidades prisionais para se proteger, os detentos se organizam em facções criminosas. Porém, esses grupos evoluem criando redes de advogados, formas de financiamento, obtenção de armas e assim elevam o crime para um nível mais nocivo, que afeta toda a sociedade. A sociedade brasileira contemporânea enfrenta como um de seus maiores desafios sociais e econômicos, a precariedade do sistema carcerário brasileiro, situação que apresenta causas, sobretudo ligadas à falta de estrutura, bem como à ineficiência da ressocialização. Assim, é fundamental que o Poder Público e a sociedade civil atentem para às causas e consequências (NOVO, 2018, p. 1).

A prisão deve resguardar a dignidade humana do preso possibilitando o cumprimento humanitário da pena que lhe foi imposta, a fim de possibilitar que o ser humano tenha condições de uma vida digna e com escolhas.

Os Direitos Humanos objetivam melhorar as condições de vida à todos os indivíduos, cuidando de prestações positivas do Estado beneficiando os menos favorecidos e de setores socialmente e economicamente mais fracos da sociedade a fim de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade.

A assistência ao Preso, Internado, Egresso e a seus dependentes e familiares fazem referência a um movimento de promoção aos direitos destes, criando condições para que os mesmos possam exercer sua autonomia. Tal processo precisa ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas do governo e também pelo apoio de instituições públicas e privadas que possuam como objetivo prestar atendimento e assistência aos beneficiários como: material, jurídica, social, educacional, religiosa e saúde.

O direito a existência digna abrange o direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais e vocação, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, de fazer as opções na vida que melhor assegurem à pessoa a sua realização plena. O direito de viver é também o direito de ser: ser o que melhor pareça à pessoa a sua escolha para a vida, quer façam as opções da própria pessoa ou quem a represente (pais, responsáveis, etc.). O direito contemporâneo não reconhece e garante apenas o direito à vida (ou o direito a existência, mas a vida digna). Daí a ênfase dada a este princípio do direito contemporâneo. Nem por isso ele é menos porejado de dúvidas, que se mostram, às vezes, em dilemas de gravidade incontestes. (ROCHA, 2004, p. 26.)

Vem multiplicando-se o crescimento carcerário no decorrer dos anos, existe uma progressão desproporcional às quantidades de vagas nos presídios e o encarceramento em massa.

Devido a superlotação tem-se por consequência a falta de controle dos presídios, as rebeliões são frequentes, entram celulares, armas e drogas. Dentro dos complexos chefes de facções comandam os seus aqui fora estando sempre a par de tudo. No Brasil não há a possibilidade de uma ressocialização digna, não tem como ser um país de crescimento, pois se não consegue reeducar aqueles que necessitam de ajuda, não terá como educar futuras gerações não precisando assim chegar a uma reeducação futuramente.

Os poderes públicos são omissos e grande parte da população, muitas vezes influenciada pela mídia, reproduz o discurso de que presos não são sujeitos de direito. Essas manifestações legitimam a crueldade do sistema e ignoram direitos fundamentais de cidadãos que cumprem pena restritiva de liberdade (DALBONI; OBREGON, 2017, p. 1).

Outro fator preocupante são as péssimas condições de trabalho, segurança e saúde, a que os agentes penitenciários são obrigados a suportar em suas funções diárias. Ao invés da maioria dos agentes da segurança pública – diretores, agentes penitenciários e auxiliares de segurança pública, serem facilitadores da ressocialização e condutores da boa convivência carcerária, estes representantes do Estado torturadores dos detentos.

Contribuem para esse quadro alarmante a política criminal falha junto à má gestão pública do sistema prisional.

O aumento da criminalidade se dá devido à falta de tratamento de determinantes sociais, econômicos e em saúde para a população no geral, o que desencadeia a criação de novos infratores e reincidentes, o que leva ao aumento da população carcerária gerando frutos da desigualdade social.

Pode-se aliar a isso as fraudes nas licitações para a construção de presídios o que contribui para o problema estrutural de cumprimento das penas. Os problemas iniciais são a falta de alimentação, qualidade da água e higiene, o que agrava-se posteriormente junto a violência manifesta das facções no tráfico interno de drogas e armas, o que transformam os presídios em uma universidade e comércio do crime, a qual legitima-se por uma política criminal repressiva, de segregação social e exclusão do Estado.

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. [...] Embora a ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. [...] Muitos dos direitos que hoje constam do „Direito Internacional dos Direitos Humanos” 22 surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas. (BILDER, 1992, p. 3-5).

Cabe salientar que é direito de todos os cidadãos, mesmo para aqueles que cometeram um ato delituoso, serem tratados com respeito e dignidade na intenção de amenizar a privação de liberdade, garantindo a reinserção ao convívio social.

Portanto, se falta qualidade de vida, não há como esperar que os detentos que sobrevivem à essas condições tenham seus direitos concretizados. Falta respeito com a dignidade do ser humano, pois o cenário que é visto hoje é, no sentido mais profundo da palavra, humilhante: “prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids...” (LEAL, 2001, p. 69).

Em um país democrático o Estado está a serviço dos cidadãos, tem a pessoa como objetivo principal de proteção, o Estado de direito é incompatível com qualquer proposta de diminuição das garantias e o direito penal deve servir para limitar a violência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional propõe-se a recuperar os apenados e prepará-los para que não haja reincidência, isso infelizmente não ocorre pois são absurdas a precariedade e as condições sub humanas em que os detentos vivem nas penitenciárias brasileiras, a ressocialização torna-se cada vez mais distante pois seus direitos básicos não são respeitados.

Estamos diante da omissão Estatal perante a questão penitenciária, a inadequação da execução penal às normas mínimas, o desrespeito ao indivíduo encarcerado tudo isso faz do próprio Estado, o principal discriminador dos direitos fundamentais.

É preciso pensar em novas Políticas Públicas que assegurem de fato os Direitos Humanos, a construção de novos presídios desafogaria os demais, tornando possível um trabalho mais árduo para a ressocialização.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 28 Fev. 2022.

CAETANO, Eduardo Paixão. Democracia dos massacres no ambiente prisional brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 20, n. 156, jan. 2017. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18034&revista\\_caderno=5](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18034&revista_caderno=5). Acesso em: 02 Março 2021.

DALBONI, Sara Posses; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A violação de direitos humanos no sistema prisional brasileiro e o supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 20, n. 165, out 2017. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19718&revista\\_caderno=16](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19718&revista_caderno=16). Acesso em: 17 Fev. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p.89, 2008.

NOVO, Benigno Nuñez. Sistema carcerário brasileiro: problemas e soluções. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 21, n. 172, maio 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 2ªed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.



# Políticas públicas de apoio ao egresso do sistema prisional

Marco Antônio Hansen

*Discente do curso PROFP- R2 – Ciências Sociais - ETEP.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.7

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de um estudo sobre Políticas Públicas de apoio ao egresso do sistema prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Como objetivo visa buscar de maiores informações sobre o tema. O detento ao ingressar no sistema prisional, deve ter todos os seus direitos assegurados através da legislação, bem como quando consegue sua liberdade, o mesmo se depara com diversos obstáculos devido ao estigma que carrega e em muitos casos volta a delinquir sendo apenas mais um nos índices de reincidência.

**Palavras-chave:** política públicas. egresso. sistema prisional.

## ABSTRACT

The present work refers to the study about Public Politics to support the egresses in the Prisional System. Through a revision of the literature with bibliographic researches, which looks for information in books, magazines, publications and other materials about the subject. As objective is the search for bigger and greater informations about the topic. When the detainee enters the prisional system, he must have all of his rights assured through the legislation, they face several obstacles due to the stigma that they carry and in many cases they go back to offending, being just one more in the recidivism indexes

**Keywords:** public politics. egresses. prisional system.

## INTRODUÇÃO

Os indivíduos que passam pela prisão denotam um perfil de exclusão social, devido à ausência de políticas públicas, acesso à escolarização, trabalho formal dentre outros direitos assegurados através da legislação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, enfatiza que todos devem ser tratados de maneira igualitária e de forma digna, conforme dispõe a lei.

A convivência nos presídios durante o cumprimento da pena não muda tal realidade, pelo contrário, a torna pior durante o tempo de confinamento. A desestruturação do sistema prisional evidencia o descaso da prevenção e da reabilitação do preso.

A criminalidade e a violência são fenômenos de difícil entendimento, as pessoas que passam pela experiência do cárcere são muitas vezes notadas pelo restante da sociedade como ameaçadoras e criminosas, essas representações preconceituosas acabam por responsabilizar os egressos do sistema prisional pela violência assolada na sociedade, tonando difícil a superação desse problema social.

Este estudo apresenta um estudo sobre os egressos do sistema penitenciário, cujo objetivo é identificar a realidade de acesso por parte de egressos do sistema penitenciário à edu-

cação e trabalho, enquanto direitos sociais. A revisão de literatura é de caráter exploratória com uma abordagem quantitativa.

## DESENVOLVIMENTO

Quando um indivíduo é preso no Brasil, lhe é retirado seu direito de ir e vir, porém todos os demais devem permanecer garantidos, pois estão assegurados através da Constituição Federal de 1988 como garantia de dignidade da pessoa humana.

O sistema prisional brasileiro encontra-se cada vez mais crítico, ao ser mandado para um presídio, o indivíduo está exposto a diversos problemas, devido a situação precária em que se encontra o presídio, por exemplo: celas lotadas, falta de assistência básica à saúde, rebeliões em massa, fugas, entre outros.

A mídia tem um papel importante na formação da opinião pública e, por isso, é fundamental que ela apresente uma visão justa e equilibrada. A visão de um presidiário detido atrás das grades não é considerada suficiente por algumas pessoas. Elas acreditam que é preciso que o preso sofra pelos crimes cometidos, a fim de ter um real senso de justiça. No entanto, é importante lembrar que o objetivo da punição é garantir a segurança da sociedade e promover a reabilitação, e não simplesmente infligir sofrimento. É importante adotar abordagens equilibradas e humanitárias ao lidar com presos, independentemente de seus crimes.

O mais grave inconveniente a que, tradicionalmente, tem levado a pena privativa de liberdade é à marginalização do preso. Não obstante tenha ele algumas ou todas as condições pessoais para se reintegrar no convívio comunitário de que esteve afastado – mas com o qual pode ter tido contatos por meio de visitas, correspondência, trabalho externo etc. -, o egresso encontra frequentemente resistências que dificultam ou impedem sua reinserção social. Se, de um lado, a reinserção depende principalmente do próprio delinquente o ajustamento ou reajustamento social fica dependente também, e muito, do grupo ao qual retorna (família, comunidade, sociedade). Não obstante os esforços que podem ser feitos para o processo de reajustamento social, é inevitável que o egresso normalmente encontre uma sociedade fechada, refratária, indiferente, egoísta e que, ela mesma, o impulse a delinquir de novo. Assim, a difícil e complexa atuação penitenciária se desfará, perdendo a consecução de seu fim principal que é a reinserção social do condenado. Para evitar que isso ocorra, é indispensável que, ao recuperar a liberdade, o condenado seja eficientemente assistido, tanto quanto possível, pelo Estado, no prolongamento dos procedimentos assistenciais que dispensou a ele quando preso (MIRABETE, 2004, p. 86).

Em busca de melhores condições de vida, a população em geral acaba se qualificando/especializando para atender às necessidades do mercado de trabalho cada vez mais exigente, gerando uma elevação no nível de concorrência. Embora mais capacitadas, nem sempre há vagas disponíveis para todos.

Isso acaba refletindo nas questões socioeconômicas e interfere diretamente na vida da população. Os índices de desemprego estão cada vez mais altos e muitas pessoas mesmo capacitadas, defrontam-se com o trabalho informal, como a prestação de serviços, para se adequar a realidade em questão.

Já no caso dos egressos, esta realidade é ainda mais crítica. Ao procurar uma vaga de emprego, eles levam consigo a marca dos antecedentes criminais no currículo. O preconceito referente a prisão representa uma das várias consequências da falta de investimento em políticas públicas e das desigualdades sociais no Brasil.

Muitos presos acabam sendo esquecidos nas penitenciárias em razão do abandono familiar, não tendo assim, um vínculo familiar que o suporte durante essa crise. Esse viés, junto a um ambiente hostil, em que o tratamento é desumano (e ainda sem ajuda dos familiares), muitos deles acabam se tornando pessoas revoltadas e amarguradas pela situação em que estão expostos. Por isso, a importância da ressocialização do apenado, para que ele se readéque ao ambiente social e familiar.

A finalidade da pena é fazer com que o recluso reflita sobre seu erro e busque modificar sua maneira de pensar, no entanto o que se observa na atual realidade é que a pena assume um caráter retributivo e não consegue apresentar essa função reformadora/restauradora.

A Lei de Execução Penal (LEP) aponta todas as diretrizes do sujeito quando condenado. Dentre os temas abordados na Lei, estão os direitos e deveres do condenado e do internado quanto à “[..] assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa”, contemplando também seu direito ao “trabalho”.

Também discorre sobre a condição de egresso, quando sai do sistema prisional para cumprir algum benefício autorizado judicialmente. O trabalho para o preso, embora seja um direito garantido por Lei, possui caráter contraditório, pois o Código Penal narra, em seu artigo 39, que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social, enquanto a LEP aponta que o trabalho do preso não está sujeito às mesmas leis dos demais trabalhadores no mercado de trabalho formal, ou seja, ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante disso, cumpre salientar que embora a legislação traga em seu teor o trabalho com uma concepção de dignidade humana e finalidade educativa e produtiva, existem outros fatores intrínsecos às atividades laborativas.

A atividade laboral, ao ser discutido como um tratamento ou como direito, direciona inclusive a concepção que o rege, ou seja, sob concepções positivistas de harmônica integração entre o homem e seu ambiente.

O cumprimento da pena na prisão não deve resumir-se exclusivamente no trancafiamento de uma pessoa em estabelecimento prisional para o efeito de ser submetida a normas de segurança e de disciplina. Ao afastamento obrigatório do recluso da vida em liberdade devem corresponder compensações que visem estimulá-lo ao exercício de direitos não atingidos pela condenação, atenuando, assim, os efeitos desse afastamento e possibilitando promoção de um processo de gradual reintegração social. (...) os efeitos deletérios da internação forçada devem ser evitados através de um procedimento prisional que reduza significativamente o perigo da dessocialização (FRANCO, 2005, p. 65).

O grande aumento da criminalidade vem provocando uma forte pressão da opinião pública para que o Estado aplique penas mais rigorosas na punição de crimes, o que vem demonstrando a ineficácia da ressocialização do apenado, devido às carências que o sistema carcerário vem apresentando.

Tal aumento faz com que ações governamentais voltem-se para a construção de políticas públicas de médio a longo prazo, no intuito da não reincidência, principalmente no que diz respeito ao egresso do sistema prisional.

Conforme a LEP, o egresso é aquele indivíduo que saiu da prisão no máximo há um ano ou aquele indivíduo que foi liberado condicionalmente, em ambos os casos, a legislação esta-

belece que a assistência jurídica, educacional e social deve estender-se a essa população. O Art. 25 ressalta a obrigatoriedade da orientação e apoio para a reintegração à vida em liberdade, bem como a concessão de alojamentos e alimentação em estabelecimentos que possuem essa finalidade por até dois meses.

A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego (MARCÃO, 2013).

Muitas dificuldades são enfrentadas na gestão do sistema carcerário no Brasil, um dos maiores desafios refere-se ao processo de ressocialização e reinserção do apenado à sociedade. Quando conquistam a liberdade os egressos enfrentam inúmeras dificuldades. Seu retorno é um período de transição o qual traz muito sofrimento ao egresso. O rótulo de criminoso o perseguirá pelo resto de sua vida, trazendo-lhe dificuldades para conseguir um emprego.

Se, no estabelecimento prisional, as pessoas devem ser passivas e submissas às regras institucionais, no mundo liberto, é importante que haja autonomia. Se, nas penitenciárias, os reclusos resolvem uma situação conflituosa por meio da força e da dominação, nas relações interpessoais do mundo externo, é preciso diplomacia. Se, nas celas, a desconfiança é um sentimento sempre presente, na vida familiar, é indispensável à confiança e o auxílio mútuo. Inúmeros são os aspectos que divergem entre uma cultura e a outra, o que torna o indivíduo estranho ao seu próprio local de origem, como pássaro que, após ser retirado e aprisionado em uma gaiola, não mais consegue retornar ao seu ambiente natural (BARRETO, 2006, p. 591).

A reinserção social é proposta ao apenado por intermédio de uma série de abordagens de assistência ou tratamento penal, com o objetivo de promover a possibilidade da evolução desse indivíduo à sociedade. O sistema carcerário deveria ter uma estrutura formativa e produtiva, para poder trazer o devido retorno à sociedade.

Essas estratégias são de responsabilidade do poder público, pois permitem aos custodiados a oportunidade de mudar de vida, através da oferta de educação, trabalho e qualificação profissional.

Embora haja uma legislação na prática, a reinserção social do egresso do sistema prisional enfrenta diversos obstáculos, pois ao deixar o regime de reclusão tal indivíduo está estigmatizado socialmente e enfrenta dificuldades para estabilizar novamente sua vida financeira de forma honesta, tendo em vista que a sociedade não o aceita, na maioria das vezes por preconceito e por medo.

O principal objetivo da ressocialização é de devolver ao presidiário a dignidade, elevar sua autoestima através da efetivação de projetos que lhes tragam proveito profissional, um dos fatores que resgatam a dignidade humana do apenado é o trabalho, no entanto devido à falta de políticas públicas junto ao descaso fazem com que esse processo de reintegração fique cada vez mais distante das penitenciárias do Brasil, tornando o sistema carcerário oneroso para os cofres públicos.

Os muros da prisão representam uma barreira violenta que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos. Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra "segregada" na prisão. Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato



comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão (BARATTA, 2007, p. 3).

As altas taxas de reincidência são o principal indicador da deficiência de atendimento jurídico-social em qualquer sistema penitenciário brasileiro, pois ao sair da prisão o indivíduo comete outro delito em um pequeno intervalo.

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliada ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário se torne marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções (ASSIS, 2007, p. 75).

A prisão deixa consequências irreversíveis na vida dos sujeitos que por ela passa, a falta de políticas públicas no Brasil existe há diversas décadas, e especificamente no caso das políticas específicas para pessoas presas, pois estas têm um desafio ainda maior.

O convívio social supõe a questão do estigma que precisa ser trabalhada fundamentalmente pelos envolvidos, como forma de sobrevivência, readaptação e prevenção da reincidência. Algumas das questões a serem trabalhadas, referem-se aos conflitos pessoais, traumas e sentimento de fracasso, rejeição e abandono, causados pelas agressões, humilhações dentro ou ainda fora da prisão, dificuldade de (re) ingresso no trabalho e conflitos relacionados a sua família (BORDIN E BORDIN, 2007, p. 27).

É preciso que a sociedade em um todo acredite na possibilidade da reabilitação desses indivíduos colaborando junto ao Estado para a reintegração desses egressos no mercado de trabalho e mais do que isso, recepcioná-los no meio social para que se possa colocar um fim ao ciclo vicioso de criminalidade devido à reincidência.

É comum crer que delinquentes possuem uma natureza distinta dos demais cidadãos, é como se eles não se ajustassem, tendo em vista a violência, indiferença e crueldade é o tratamento dado a população carcerária do Brasil, o que mostra a desumanidade recorrente em nossa sociedade.

O estigma de cometer um delito acompanha o ex-detento por toda a vida e geralmente chega ao ouvido dos futuros patrões, inviabilizando a possibilidade de trabalho. A falta de oportunidade reserva basicamente uma única opção ao ex-presidiário: voltar a infringir a lei quando retorna ao convívio social. É como se a sociedade o empurrasse novamente para o mundo do crime. Há um preconceito de toda a sociedade. Isso tudo, sem dúvida, torna muito pouco provável a reabilitação. Triste realidade. Todavia, é preciso oferecer perspectiva de futuro ao preso, caso contrário, as penitenciárias vão seguir inchadas de reincidentes (MOLINA, 2013).

O pensamento que a prisão por si só seria capaz de transformar os indivíduos, ainda é bastante forte por boa parte da sociedade, pois existe uma falsa impressão de que esses indivíduos teriam a oportunidade de refazerem sua existência para depois reingressar à sociedade, no entanto, quando se analisa os indicies de criminalidade e reincidência percebe-se o fracasso de tal propósito.

Nas unidades penais brasileiras um dos principais problemas é a superlotação, devido ao elevado número de presos e falta de estrutura física adequada do sistema prisional, sendo

um dos mais graves problemas envolvendo o sistema penal atualmente e dificultando muito na ressocialização do apenado, bem como na oferta de serviços educacionais, que somado aos regimes legais disciplinares não incentivam ou até mesmo inviabilizam o engajamento dos detentos em atividade educacionais.

Considerando que as políticas públicas devem ser voltadas ao atendimento de demandas da população, e neste caso, em específico e inclusive, de pessoas que estão sob custódia do Estado, recorde-se que a Lei nº 7.201/1984 (Lei de Execução Penal) representa o marco legislativo voltada ao desenvolvimento de ações pelo Estado com o intuito de inserir egressos no mercado de trabalho. Em seu Art. 10º determina que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado tendo como objetivo a prevenção do crime e a orientação do mesmo a retornar à convivência em sociedade (BRASIL, 1984).

A questão da reincidência de presos continua sendo um problema persistente, não podendo ser atribuído apenas à falência de um órgão, mas também à falta de medidas efetivas durante o período de encarceramento.

Embora alguns presídios ofereçam oportunidades para trabalho e estudo como forma de remissão de pena, muitos presos não aproveitam essas chances, seja por desinteresse ou outros fatores. Quando postos em liberdade, muitos deles enfrentam preconceito, dificuldades no mercado de trabalho e salários baixos, o que pode levá-los a se sentir desestimulados e, eventualmente, a delinquir novamente. Portanto, é importante considerar esses fatores na busca de soluções para a questão da reincidência.

Por isso o governo e a sociedade como um todo devem investir em políticas públicas para melhorias no sistema prisional, incentivando o trabalho e o ensino para acabar com esse ciclo vicioso do crime.

Esse distanciamento da comunidade da prisão contribui para uma visão fragmentada sobre o cotidiano da prisão, sobre os presos e sobre os efeitos do encarceramento. Inclusive, dificultando a participação do egresso do sistema prisional em ambientes sociais, já que os estereótipos o colocam como perigoso, desqualificado e desnecessário para a comunidade (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2005, p. 33).

Programas, Leis e projetos terão o efetivo resultado somente quando encontrarem no meio social o devido aceite, se a sociedade for contundente dos mesmos objetivos e compartilhar dos mesmos ideais, para que haja a eficácia é preciso a participação de todos.

Todos os ex-detentos, ao sair da prisão se deparam com a difícil tarefa de se inserir no contexto fora da prisão, momento em que mais enfrentarão a manifestação de preconceitos, que lhes impõe barreiras quase que intransponíveis. O estigma de ex presidiário acompanha o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade para sempre. Com o término legal da pena, está terminado o processo, mas a pena, o sofrimento e o castigo, não, porque a sociedade fixa cada um no passado. Roubou, poderá roubar ainda. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca (CARNELUTTI, 1995, p. 77).

Alguns dos fatores que favorecem o reingresso do apenado à vida em sociedade são: oferta de trabalho, educação, curso profissionalizante, assistência psicossocial, material, religiosa, saúde e jurídica. No entanto é preciso que seja proporcionada a essas pessoas uma reflexão acerca das condutas ilegais, as incentivando a agir conforme os bons costumes e com a ética.

Diversas medidas são adotadas a fim de alcançar a reinserção social do detento, no entanto não conseguiram ainda demonstrar sua efetividade. O cumprimento da LEP, se atingisse sua integralidade, apresentaria avanços no caminho da ressocialização, no entanto o que pode ser observado é que o próprio Estado, mostra-se como responsável pelos direitos humanos, im-

pedindo assim que isso aconteça.

A exclusão social se revela anterior à própria pena. No início do ciclo temos uma sociedade excludente, onde os valores da pessoa humana e os valores sociais estão cada vez mais deformados e desrespeitados, enquanto, no final como resultado, temos um problema bem maior, frente a total exclusão das pessoas que são submetidas ao abandono dentro do cárcere, prejudicando ainda mais a formação humana (SCHIMITT, 2006, p. 76)

Todas essas situações demonstram que a grande maioria dos egressos do sistema penitenciário não teve a oportunidade de serem contemplados com qualquer prática de ressocialização. Como efeito, é previsível evidenciar, que não ocorrerá qualquer mudança em seu universo social. Perpetuando dessa maneira o indesejável e perverso ciclo de alienação social, o que certamente o levará a repetir as práticas delituosas já concebidas anteriormente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário refletir o papel da sociedade em relação à criminalidade e à violência, e por seguinte em relação aos egressos, o sistema prisional há tempos vem dando sinais de sua ineficiência e torna-se imprescindível encontrar novas formas de organização social.

É preciso que haja uma mudança no sistema prisional, no entanto de nada adiantará se isso não se atrelar a uma mudança na sociedade e no modo como recebe e lida com os egressos.

Muitas vezes o cárcere propicia o aumento da criminalidade e da violência, tendo em vista que se trata de um ambiente hostil, onde há a violação dos direitos sociais. Tudo isso em razão da precariedade do sistema prisional brasileiro, pois existe uma desestruturação do sistema carcerário, diante do descaso dos governantes, a falta de estrutura, a superlotação, dificultando assim a recuperação do detento e os elevados custos econômicos e sociais.

Considerando o que foi exposto, será uma grande tarefa para a sociedade e o governo investir em áreas como trabalho, educação, profissionalização e qualificação. Além disso, há uma responsabilidade compartilhada em atuar de forma eficaz junto à população para fortalecer a cidadania e o respeito a todos os indivíduos que fazem parte da sociedade, uma vez que não é possível estar fora dela. A prisão é apenas mais uma manifestação da desigualdade social e precisa ser levada em consideração. É fundamental que o preso tenha a oportunidade de retornar à sociedade e recuperar sua cidadania, de forma a evitar que volte a cometer delitos.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13248-13249-1-PB.pdf>. Acesso em 12 outubro 2021.

BARRETO, Mariana Leonesy da Silveira. Depois das Grades: um Reflexo da Cultura Prisional em Indivíduos Libertos. Psicologia Ciência e Profissão, Faculdade Ruy Barbosa - Brasília, v. 26, n. 4, p.582-593, dez. 2006. Trimestral.

BORDIN, Natalino; BORDIN, Ivone da Conceição Bochnie. O perfil do egresso prisional. Revista Ciências Sociais em Perspectiva, v. 6, n. 11, p. 27-38, 2007.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei de nº 7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 18 de outubro 2021.

CARNELUTTI, F. As Misérias do Processo Penal, São Paulo: CONAN, 1995.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Apoio aos familiares e egressos do sistema penitenciário: acolhendo egressos e familiares e resignificando a condenação. São Paulo: Conselho Federal de Psicologia, 2005. 91 p. (mimeo).

FRANCO, A. S. Crimes Hediondos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARCÃO, Renato. Lei de Execução Anotada. Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei Nº 7.210, de 11-7- 1984. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. O que é Criminologia. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2013.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. Análise crítica à execução penal antecipada: uma questão de razoabilidade, de proporcionalidade e de dignidade à luz da presunção de inocência. In CUNHA, Rogério Sanches (organizador)... [et. al.] Execução penal: Leituras complementares. Salvador: JusPODIVM, 2006.



# As relações de trabalho e os direitos dos trabalhadores nos tempos de pandemia

## Working relations and workers' rights in pandemic times

---

Wanessa dos Santos França

*Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

Ícaro Maia Chaim

*Docente graduado em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Pós graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Advogado. Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Acre. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.8

## RESUMO

O presente estudo trata da importância das relações de trabalho e os direitos dos trabalhadores nos tempos de pandemia, pois muitas pessoas foram afetadas pelo vírus da COVID-19 e tiveram que ser afastadas do seu trabalho e outras até mesmo foram demitidas, por não conhecerem seus direitos e as empresas por não terem como arcar com os trabalhadores em home office, muitas tiveram suas portas fechadas, fazendo com que assim, muitos trabalhadores viessem a ficar desempregados. Nessa perspectiva, procedeu-se o estudo com base nos decretos emergências ao enfrentamento à pandemia, juntamente com o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que são medidas alternativas criadas em meio à crise.

**Palavras-chave:** relações de trabalho. direitos dos trabalhadores. direitos, pandemia.

## ABSTRACT

This study deals with the importance of labor relations and workers' rights in pandemic times, as many people were affected by the COVID-19 virus and had to be removed from their work and others were even fired because they did not know their rights and companies because they could not afford home office workers, many have their doors closed, causing many workers to become unemployed. In this perspective, the study was carried out based on the emergency decrees to confront the pandemic, together with the Emergency Program for the Maintenance of Employment and Income, which are alternative measures created in the midst of the crisis.

**Keywords:** labor relations. workers' rights. rights. pandemic.

## INTRODUÇÃO

Este estudo aborda a importância das relações trabalhistas e os direitos dos trabalhadores nos tempos de pandemia, os efeitos da crise econômica no mercado brasileiro associada à pandemia, e a intervenção do Governo Federal através do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que são medidas alternativas onde autoriza o Poder Executivo federal a dispor sobre a adoção, por empregados e empregadores, de medidas trabalhistas alternativas para o enfrentamento das consequências do estado de calamidade pública, onde poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício.

Nesse contexto, várias medidas foram adotadas para o enfrentamento do avanço da COVID-19, mas resta a análise até onde essas medidas foram benéficas para o trabalhador, entre elas a modalidade de teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, dentre outras.

Nesse sentido, o presente estudo pretende mostrar de forma clara, quais os impactos sofridos nas relações de trabalho e como os trabalhadores sobreviveram em relação a ela e também as novas relações trabalhistas que surgiram nesse período, tanto formal como informal. Uma forma de trabalho também que foi muito aceita é o teletrabalho, onde os trabalhadores po-

dem realizar suas tarefas diárias de casa, com suporte da empresa, de forma que apresente um ambiente de trabalho onde possa ser feitos os trabalhos, como se estivesse em ambiente empresarial, o que segundo algumas pesquisas, levou o adoecimento desses profissionais, devido à sobrecarga de trabalho, devido não ter uma jornada de trabalho fixa, regulamentada e nem uma fiscalização.

## CONTEXTO HISTÓRICO

Durante a antiguidade Grega e Romana “trabalho” possuía uma concepção negativa, depreciativa, relegada aos escravos e camadas mais pobres da população. Nessa época não podia se falar em trabalho, o qual pressupõe trabalho livre, pois era visto como algo negativo, como um instrumento de tortura.

Nesse período muitas pessoas conseguiam comprar sua liberdade de alguma forma, eles ganhavam o respeito dos seus “senhores”, e com isso se tornavam indivíduos livres, e apesar de livres não tinham como se manter e para garantir a subsistência, eles tentavam exercer algum tipo de trabalho, através do “*locatio conductio operarum*” que era um contrato de locação de mão de obra, uma figura que muitos doutrinadores entendem como a origem do contrato de prestação de serviços, nesse caso, havia liberdade contratual e não havia proteção ampla de direitos.

Já na Idade Média os senhores feudais asseguravam proteção aos servos em troca da prestação de seus serviços em suas terras, com isso a utilização de escravos é abandonada por modelo de servidão. Esses servos não eram mercadorias, mas estavam presos às terras, com isso ainda não havia o trabalho livre.

No fim desse período os Feudos começam a ter problemas com doenças, com as cruzadas, problemas que fazem com que os indivíduos comecem a buscar a sair dos feudos e buscar novas condições de vida, melhor a eles, ocorrendo o êxodo rural e criando pequenas comunidades e surgindo algumas profissões e as corporações de ofícios.

Após esse período o trabalhador começa a ter um pouco mais de liberdade, iniciam se as cooperações de ofício, representadas em três figuras, os mestres (que eram os trabalhadores donos das oficinas, que já tinham passado pela prova “obra mestre”), os companheiros (que tinham os mesmos salários dos donos das oficinas, os mestres) e os aprendizes (ficavam sob responsabilidade dos mestres, que poderiam inclusive, lhe propor castigos corporais).

O fim dessas corporações veio com a Revolução Francesa, por serem considerados não compatíveis com o ideal de liberdade dos trabalhadores. Através da Revolução Francesa, veio a liberdade contratual, quando foi reconhecido o primeiro direito econômica social: o direito do trabalho.

Foi com a Revolução Industrial que houve a transformação do trabalho em emprego, onde os trabalhadores em geral passaram a trabalhar e receber salários.

O direito e o contrato de trabalho passaram a desenvolver com o surgimento da revolução industrial, mas através dela, veio muito desemprego, pois houve a substituição da mão de obra humana pelos maquinários. A partir daí inicia-se uma diferença entre o patrão e o empre-

gado, pois o empregador tinha o maquinário e o empregado nada tinha, apenas o seu trabalho.

Por essa desigualdade, surgiu ainda mais a necessidade de proteção ao trabalhador, e o Estado passa a intervir, criando o bem-estar social e as condições de trabalho. A primeira lei aprovada em 1.819 tratava do trabalho do menor de 9 anos e ainda especificava a jornada de trabalho dos menores de 16 anos, era de 12 horas diárias.

No Brasil as primeiras Constituições constavam apenas as formas de Estado e sistemas de Governos e, só posteriormente que passaram a atuar em todos os ramos do direito, inclusive os trabalhistas.

Em 1.888 foi assinada a Lei Áurea, pela princesa Isabel, onde foi abolida a escravidão no BRASIL. Mas apenas em 1.934 a Constituição passou a prever os direitos trabalhistas.

Surgiram diversas normas sobre as regras trabalhistas e assim veio a necessidade de uni-las e, então veio o Decreto-Lei 5.452/43, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A CLT teve diversas reformas e a mais recente é a Lei 13.467/2017.

## OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Os princípios são bases norteadoras do direito, podemos separar eles em 5 princípios do direito do trabalho:

1. Princípio da proteção: que preza pela tentativa de igualdade na relação empregado-empregador, para que nenhum deles tenham vantagens sobre o outro, tendo em vista que o empregado é subordinado ao empregador em seus direitos trabalhistas;
2. Princípio da primazia da realidade: o direito do trabalho não observa apenas documentos, ele olha também a realidade dos fatos, aqui se pode observar uma ideia básica de informalidade, nesse caso se o juiz observar que a realidade dos fatos está em desacordo com o contrato de trabalho o contrato poderá se tornar nulo.
3. Princípio da continuidade: no geral a regra é que o contrato de trabalho seja por prazo indeterminado e, caso haja necessidade do desligamento do empregado, o empregador é quem deve provar o motivo do término do contrato, quando negados a prestação do serviço.
4. Princípio da inalterabilidade contratual lesiva: não é permitida a alteração do contrato de trabalho quando causar prejuízo ou lesividade ao empregado.
5. Princípio da irrenunciabilidade de direitos: ele torna os direitos dos trabalhadores irrenunciáveis, indispensável e inderrogáveis.

A relação de trabalho compreende qualquer prestação de serviço efetuada por pessoa física, mediante remuneração, nessa relação de trabalho temos o empregado e o empregador, vejamos o que diz a CLT sobre cada um:

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.



Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

## Os direitos dos trabalhadores na pandemia

Com a chegada do Coronavírus no Brasil, houveram algumas mudanças repentinas, que fizeram com que as leis trabalhistas, também mudassem e passassem a atender a nova realidade, através do trabalho em home office.

As mudanças mais significativas nesse período de teletrabalho, foram a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, banco de horas, redução de jornadas de trabalho e suspensão do contrato de trabalho. Essas mudanças foram empregadas com a justificativa de preservar o trabalhador em seu posto de trabalho evitando demissões e mantendo as atividades laborais, reduzindo o impacto social e econômico.

Essas mudanças estão detalhadas em duas Medidas Provisórias, são elas MP 927, que tinham como principal objetivo as medidas que poderiam ser adotadas pelos empregadores visando a preservação dos empregos:

Medida Provisória nº 927, de 2020 - Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências.

E a medida 936, onde o principal objetivo era a Manutenção do emprego e da renda, onde estavam previstos, pagamentos de benefícios, reduções de jornadas e salários, suspensões dos contratos de trabalho.

Medida Provisória nº 936, de 2020 - Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.

Essas medidas estabelecidas valem para os trabalhadores contratados pela CLT, aos temporários urbanos e aos contratos do meio rural.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO INQUINADO QUE DEFERIU TUTELA PROVISÓRIA CONSISTENTE NA REINTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR DISPENSADO DURANTE A CRISE SANITÁRIA DECORRENTE DA PANDEMIA DE COVID-19. 1. Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que denegou a segurança, por entender inexistir direito líquido e certo do impetrante a ser tutelado. 2. No presente “mandamus”, a impugnação direciona-se à decisão proferida pela MM. Juíza da 7ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias/RJ, nos autos da reclamação trabalhista subjacente, que deferiu pedido de antecipação de tutela de urgência, consubstanciada na reintegração do trabalhador dispensado durante a crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19. 3. Não há dúvida de que é dever do Estado proteger e garantir direitos por meio de normas e da atividade jurisdicional, cabendo ao particular o exercício do direito de ação, a teor do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 4. A tutela do direito comumente é emprestada à parte ao final do procedimento. Contudo, é possível a concessão de tutela provisória de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC). 5. Conferida mediante cognição sumária, a tutela provisória antecipada tem como escopo assegurar a efetividade da jurisdição e da concretização do direito. Assim, cabe ao julgador, alicerçado em juízo de verossimilhança, acolher a pretensão com o objetivo de resguardar o bem jurídico pretendido, quando cumulativamente revelados a plausibilidade do direito (“fumus boni iuris”) e o risco iminente de lesão (“periculum in mora”). 6. No caso concreto, a tutela de

reintegração do litisconsorte passivo foi determinada com fundamento na existência de compromisso público firmado pelo Banco de não dispensar trabalhadores durante a crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19. Ocorre que a Lei nº 14.020/2020, ao instituir o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispor sobre medidas complementares para enfrentamento da pandemia de COVID-19, estabeleceu a garantia provisória no emprego ao trabalhador portador de deficiência (art. 17, inciso V), bem como ao empregado que recebeu o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda “em decorrência da redução da jornada de trabalho e do salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho” (art. 10), hipóteses não verificadas na reclamação trabalhista matriz. Não se vislumbra, na referida norma, fundamento que ampare a pretensão de reintegração do trabalhador, motivada unicamente na existência de compromisso declarado pelo ora recorrente. Daí porque, ao menos em juízo de verossimilhança, revela-se juridicamente plausível concluir pelo não enquadramento dos fatos relacionados ao empregado às hipóteses de estabilidade provisória previstas na Lei nº 14.020/2020, restando delineada a probabilidade de prevalência do direito potestativo do Banco de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho. De outra forma, em que pese o relevante caráter social do movimento “#NãoDemita”, extrai-se dos autos sua natureza unilateral, dissociada de qualquer formalidade. Trata-se, em verdade, de manifesta intenção de caráter social que não integra o contrato de trabalho por ausência de amparo legal ou normativo e, portanto, inapta a ensejar a reintegração ao emprego. Nessa linha, há precedentes do Órgão Especial e desta Subseção II. Ainda que assim não fosse, incontroversa a dispensa do litisconsorte passivo em 29/10/2020, sequer poderia se cogitar de inobservância ao compromisso apresentado pelo Banco. Isso porque, conforme já observado por esta Eg. SBDI-2 em outras oportunidades, o movimento tinha vigência limitada ao período de sessenta dias a partir de abril de 2020. Por fim, cumpre ressaltar que a despedida de empregado constitui direito potestativo do empregador e que inexistente no ato impugnado qualquer alusão à estabilidade provisória consequente de acidente do trabalho ou de doença ocupacional. Assim sendo, à evidência de que o ato inquinado carece de amparo legal, resta caracterizada a afronta a direito líquido e certo do impetrante, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. Segurança concedida, a fim de cassar a ordem de reintegração ao emprego determinada pelo Juízo de origem. Recurso ordinário conhecido e provido. (RICHIA, 2022)

## Uberização do trabalho

Com a crise na economia, por causa da pandemia, muitos desses trabalhadores ainda chegaram a perder seus empregos e tiveram que se reinventar e foi aí que o termo uberização do trabalho veio à tona, que é a união de vários trabalhadores por meio da tecnologia. Podemos analisar dois casos bem distintos de trabalhadores e os impactos que sofreram, um trabalhador de carro de aplicativo que transporta pessoas, este viu a redução da demanda, pois as pessoas se viam com medo de sair de casa temendo a contaminação e aí evitavam andar em carros fechados com uma pessoa desconhecida que poderia ou não está contaminada com o vírus, e um outro exemplo podemos citar o entregadores de que viram sua demanda aumentar pois ao tempo em que as pessoas temiam em sair de casa, se viam obrigadas a usar os serviços de delivery, fazendo com que assim a procura fosse grande e a demanda de pessoas para esse serviço crescesse cada vez mais.

Enquanto muitos se protegiam no teletrabalho, os trabalhadores de aplicativo flertavam com o risco do vírus. Segundo Aquino, Pilate e Félix:

O trabalhador uberizado, caracterizado não como empregado, mas sim como empreendedor ou autônomo, carece dos direitos garantidos pelo vínculo empregatício, principalmente aqueles devidos por força da seguridade social, como benefícios previdenciários, como o auxílio-doença, que lhe garantiriam determinada estabilidade em face de eventual contaminação, podendo ainda ser privilegiados através da possibilidade da suspensão do contrato, com o efetivo pagamento através do empréstimo fornecido pelo governo federal para o custeio dos salários de empregados que tiveram que se ausentar do trabalho por terem contraído a COVID-19 ou por possuírem comorbidades que importariam em risco de vida em caso de contaminação. Assim, ao trabalhador uberizado não há alternativas diante de um estado de pandemia. (AQUINO; PILATE; FÉLIX, 2020, p. 60).

Apesar de ser um fenômeno recente, devido ao avanço da tecnologia no mundo, a uberrização ganhou ainda mais espaço devido à crise instalada pelo Corona vírus, devido ao isolamento social e, também, da classificação do serviço de entrega como atividade essencial como forma de enfrentamento à pandemia, conforme consta no art. 3º, XXII do Decreto nº 10.282/20. (BRASIL, 2020b). “A própria necessidade e a insegurança serão os alçozes a fazê-los buscar e trabalhar cada vez mais em condições tão desvantajosas”. (MAENO; CARMO; LIMA, 2021, p. 157).

Tudo isso nos leva a analisar como as transformações do modo de produção capitalista “engendram a produção de uma nova subjetividade, pois cada transformação social implica novas reconfigurações subjetivas com suas ambiguidades, assim como seu potencial de resistência e de transformação”. (TITTONI, ANDREAZZA; SPOHR, 2009, p. 175).

## Teletrabalho

Com a disseminação do vírus e como forma de combate a contaminação e evitando ainda mais a propagação, foi admitida a modalidade de trabalho à distância, nesse caso, o teletrabalho.

A origem etimológica da expressão “teletrabalho” vem da união da palavra grega “Telou” (“longe”) e da palavra latina “Tripliare” (“trabalhar”). Dallegrave Neto diz que “tele” tem significado de “distância”, e que teletrabalho seria, então, qualquer forma de trabalho realizado à distância da empresa ou de uma de suas unidades de produção.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho pode ser conceituado como a “forma de trabalho realizada em lugar distante da sede empresa ou do centro de produção e que implica uma nova tecnologia que permite a separação e facilita a comunicação” (SILVA, 2018, p. 46). A OIT ressalva, ainda, que “o teletrabalho é qualquer trabalho realizado em um lugar onde, longe dos escritórios ou oficinas centrais, o trabalhador não mantém um contato pessoal com seus colegas, mas pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias” (MARTINS, 2012 *apud* BARRETO JUNIOR; SILVA, 2015, p. 32-33).

Segundo a Carta Europeia para o teletrabalho, Gbezo (1995, p. 10).

É um novo modo de organização e gestão do trabalho, que tem o potencial de contribuir significativamente à melhora da qualidade de vida, a práticas de trabalho sustentáveis e à igualdade de participação por parte dos cidadãos de todos os níveis, sendo tal atividade um componente chave da Sociedade da Informação, que pode afetar e beneficiar a um amplo conjunto de atividades econômicas, grandes organizações, pequenas e médias empresas, microempresas e autônomos, como também à operação e prestação de serviços públicos e a efetividade do processo político.

E ainda, para Nunes, o teletrabalho “designa o labor exercido a distância, isto é, em local físico diverso da estrutura organizacional da empresa, com o auxílio de tecnologias de informação e comunicação que assegurem o contato do trabalhador com o seu tomador de serviços” (2018, *apud* PAIXÃO; SCHAEFER, 2020. p. 282).

O teletrabalho já era previsto na CLT, esse regime de trabalho pôde ser alterado do presencial para o teletrabalho sem necessidade de alterar o contrato de trabalho dos funcionários, desde que o empregado fosse comunicado da alteração com antecedência de até 48 horas, através de meio escrito ou de forma eletrônica, com mutuo consentimento das partes. Nesse regime

de home office o empregador deverá fornecer meios para execução da tarefa, caso o empregado não possuir equipamentos necessários para realização das tarefas a serem desenvolvidas.

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art.75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. §1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. §2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. Art.75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. Art.75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Essa modalidade de trabalho, merece uma atenção bem mais rígida, mesmo sendo considerada uma espécie de trabalho à distância, pois também todos os direitos do trabalhador, como se ele estivesse no ambiente de trabalho. Ensina Fonseca:

O teletrabalho, que se define como trabalho prestado à distância por intermédio de sistemas de computadores e telecomunicações, foi apresentado como um meio de libertação do trabalhador dos rígidos horários e da frequência obrigatória ao local de trabalho, poupando-lhe dos gastos com locomoção, alimentação e vestuários.

Com isso o teletrabalho ou home office deve inspirar muitos cuidados por parte do empregador, dentre eles o não acionamento do trabalhador fora dos horários contratuais, isso pode ser feito por telefone, pelo whatsapp, diversos meios de contato com o empregado, pois se for exigido que ele trabalhe além da sua jornada, poderá ser caracterizado horas extras.

## **Férias individuais e coletivas**

O empregado tem direito anualmente a férias, qual seja, a cada 12 meses trabalhados, nesse período o trabalhador não precisa completar o período aquisitivo, as férias poderão ser antecipadas pelo empregador, desde que comunicado com a antecedência de 48 horas, informando o período a ser usufruído, não ultrapassando o limite de 30 dias, conforme determina a CLT. Também foi permitida a antecipação de férias futuras, desde acordada de forma escrita.

Art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.

§ 1º - As férias poderão ser gozadas em 2 (dois) períodos anuais desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos.

As férias do empregado, poderão ser pagas primeiramente o adicional de 1/3 até 20 de dezembro, juntamente com o 13º salário.

Já sobre as férias coletivas, a empresa fica isenta de realizar comunicação das férias coletivas aos órgãos de fiscalização e sindicatos representantes das categorias, a empresa também fica dispensada de seguir o limite de dois períodos anuais e o mínimo de 10 dias corridos, conforme determina a CLT.

Um ponto importante nas férias é que os empregados que pertencem a grupos de risco podem usufruir de férias coletivas com prioridade.

## **Banco de horas**

As horas extras são reguladas na CLT, essas horas não podem exceder a duas horas diárias na jornada de trabalho, elas podem ser compensadas no período no período máximo de um ano.

Devido ao estado de calamidade pública, poderá a empresa, através de acordo ou convenção coletiva, criar uma jornada especial de compensação de horas, por meio de acordo coletivo ou individual e também em acordo coletivo individual, escrito entre as partes, empregado e empregador, sendo que essas horas agora tenham que ser compensadas em seis meses e não mais em um ano, para compensar o tempo em que as atividades fiquem paradas.

Em se falando de suspensão, a empresa está liberada para criar o banco de horas, permitindo a extensão da jornada de trabalho, desde que não seja superior a dez horas por dia, essa compensação também poderá ocorrer aos fins de semana.

Art. 61 da CLT - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

## **Fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS**

O recolhimento do FGTS por parte do empregador, poderá ser realizado de forma parcelada, em até seis parcelas mensais, a partir de julho de 2020, sem incidência de multa ou encargos. O empregador fica suspenso nos meses de março, abril e maio de 2020 a realizar os depósitos.

Em relação ao empregado, o governo federal editou uma medida provisória, onde permitia o saque extraordinário do FGTS, de até R\$ 1.000,00, sendo limite máximo por trabalhador. O crédito será admitido de forma automática na conta do trabalhador, desde que não se manifeste contrário.

## **Segurança e saúde no trabalho**

No período de calamidade pública, os exames médicos ocupacionais, treinamentos periódicos, exames clínicos e complementares, ficam suspensos, a exceção dos exames demissionais, que devem realizados em até 10 dias após o desligamento da empresa.

## Empregada gestante

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, visou-se analisar os riscos à saúde do trabalhador nesse período, principalmente as pessoas que estão dentro dos grupos de risco e mesmo assim se viram obrigadas a trabalhar, para não perderem seus empregos, podemos tomar como exemplo a empregada gestante, que foi amparada pela Lei 14.151 de 12 de maio de 2021:

Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus.

Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial.

§ 1º A empregada gestante afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição do empregador para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância, sem prejuízo de sua remuneração.

§ 2º Para o fim de compatibilizar as atividades desenvolvidas pela empregada gestante na forma do § 1º deste artigo, o empregador poderá, respeitadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, alterar as funções por ela exercidas, sem prejuízo de sua remuneração integral e assegurada a retomada da função anteriormente exercida, quando retornar ao trabalho presencial.

§ 3º Salvo se o empregador optar por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º deste artigo, a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses:

I - Após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2;

II - Após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização;

III - Mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade de que trata o § 6º deste artigo;

Essa lei se aplica tanto às trabalhadoras domésticas, rurais, intermitentes, servidoras públicas, celetistas e empregadas pública, ou seja, todas que possuem contrato de trabalho em vigor, todas teriam que se afastar imediatamente do labor presencial no período de emergência da saúde pública.

A lei permitiu também que essa trabalhadora gestante pudesse trabalhar de forma remota e nessa situação ela fica a disposição do empregador, podendo exercer função distinta devido o contexto pandêmico, desde que compatível com a sua condição pessoal, não caracterizando desvio de função.

Em relação as empregadas em que as atividades não tenham como ser executadas de forma remotas, o empregador terá que custear com o pagamento dos salários de forma normal, mas também poderia optar em adotar as alternativas prevista na medida provisória, como suspensão do contrato de trabalho e até mesmo redução proporcional de jornada e salários, conforme MP 1.045.

Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho.

Art. 1º Esta Medida Provisória institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho.

Art. 2º Fica instituído o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, pelo prazo de cento e vinte dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, com os seguintes objetivos:

I - Preservar o emprego e a renda;

II - Garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais;

III - Reduzir o impacto social decorrente das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).

Art. 3º São medidas do Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - O pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda;

II - A redução proporcional de jornada de trabalho e de salários;

III - A suspensão temporária do contrato de trabalho.

## DIREITO A DESCONEXÃO

O home office e o teletrabalho criaram protagonismo a partir do isolamento como medida de enfrentamento contra a COVID-19, com isso a partir do avanço tecnológico e da utilização de meios telemáticos se permitiu ao empregado exercer suas atividades laborais de qualquer lugar, sendo desnecessário a obrigação de exercer seu trabalho no estabelecimento empresarial. Dessa forma as relações de trabalho sofreram grandes mudanças.

Quando o trabalho se digitaliza exponencialmente, se desconectar é um direito, um direito a ser defendido contra uma jornada de trabalho extenuante, que leva o trabalhador a sobrecarga.

O teletrabalho foi inserido o inciso 3 do artigo 62 da CL, pela Lei 13.467/2017, a reforma trabalhista, que criou uma espécie de exceção a jornada de trabalho com limite de 8 horas diárias.

O direito a desconexão é um direito que não está previsto de forma específica, mas existe diversos dispositivos, tanto constitucionais, como infraconstitucionais, que fundamentam esse direito, que é um direito fundamental do trabalhador.

Souto Maior, conceitua o direito à desconexão: Como um direito ao não-trabalho, cujo titular não é apenas o próprio trabalhador, mas toda a sociedade, na medida em que a existência de trabalho excessivo por parte de alguns pode representar o desemprego de outros. Dessa forma, o Direito à Desconexão não se refere a um direito de não trabalhar por completo, mas a um direito de trabalhar menos, em um período de tempo razoável que permita ao empregado dispor de seu tempo livre, de forma a preservar a sua saúde e sua vida privada. (SOUTO MAIOR, 2003).

Trazendo para retrospectiva histórica, temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê como direito fundamental toda pessoa ter períodos de descanso, previsto na Constituição Federal, que disciplina em diversos dispositivos mais significativos, o artigo 5º que trata da privacidade, a intimidade da pessoa, o artigo 6º que trata do direito ao lazer, o direito à saúde, e principalmente, à saúde mental.

Esse direito a desconexão é sempre muito atrelado à questão da convivência familiar, à família, o direito de o empregado ter a convivência com familiar, de conviver com os filhos, com a esposa etc.

No plano infraconstitucional temos a CLT, que disciplina a limitação de jornada, os períodos de descanso, os intervalos, as férias remuneradas.

O direito a desconexão está previsto nesses dispositivos que fundamentam esse direito fundamental, que tem o trabalhador de descanso, de se desligar do trabalho, e com isso poder exercer os outros direitos fundamentais, outros direitos da cidadania, como o descanso, a vida privada, o lazer, contribuindo assim para a efetividade do direito à saúde mental, conforme expressa Souto Maior:

A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social. (2003 *apud* NASCIMENTO; CREADO, 2020, p. 141).

Um exemplo a esse direito que é invocado pelo trabalhador, é em uma ação trabalhista, normalmente os pedidos são patrimoniais, dificilmente se postula uma ação para que o empregador conceda o descanso. Existe previsão na CLT de ações específicas para que o empregador marque as férias do empregado, tutelas inibitórias para que o empregador não exija trabalho extraordinário.

O trabalhador de acordo com o caso de violação ao direito a desconexão, também pode fazer jus a indenização por danos morais, apesar de ser algo novo ainda no Brasil.

Essa desconexão ao trabalho, também é uma garantia ao empregador, pois cuidando da saúde do empregado, ele irá produzir mais e melhorando a vida além do trabalho, ou seja, sua vida privada. Sobre isso, destaca Tavares:

Longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo. [...]. Com relação ao fundamento de natureza econômica, tem-se que um empregado descansado é capaz de produzir mais e com melhor qualidade. Quanto ao fundamento de natureza social, sabe-se que o obreiro precisa dispor diariamente de tempo livre para realizar seus compromissos sociais e dar atenção à sua família. (2016 *apud* NASCIMENTO; CREADO, 2020).

Portanto, o direito a desconexão é um direito fundamental da própria condição humana, porque o ser humano conecta e se desconecta. Então esse direito de se desconectar do trabalho é um direito atrelado a condição humana para que outros direitos fundamentais também possam ser implementados e para que o ser humano atinja a sua dignidade protegida com a tutela desse direito fundamental. Silva ensina que:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, logo é possível concluir que o direito à desconexão também se origina a partir desse preceito supremo. (SILVA, 2010, p. 105)



Esse princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental da nossa república segundo a Constituição Federal, previsto em seu artigo 1º, inciso III. Por muitas pessoas é considerado o princípio cordial de todo o sistema jurídico, que tudo estaria apoiado sobre a noção de dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a noção de isonomia, a própria ideia de valorização da segurança das pessoas.

## **Doenças ocupacionais**

As doenças ocupacionais mais comuns são doenças psicossociais, como depressão, síndrome do pânico e também as doenças de problemas relacionados a musculatura do corpo, como as de coluna.

Uma das principais temáticas mais desafiadoras desse período, foi a questão da caracterização ou não da COVID-19 como doença ocupacional do trabalho, como doença do trabalho por meio de consequências de acidente de trabalho.

Inicialmente com a Medida Provisória 927, o STF declarou inconstitucional o artigo 29, que a COVID-19 passasse a ser condicionada como acidente de trabalho, pois a LEI 8.213/91 que versando sobre acidente de trabalho diz expressamente seu artigo 20:

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. (BRASIL, 2020)

Existe uma série de normas na legislação trabalhista e previdenciária brasileira e também a previsão por contágio de natureza viral em ambiente de trabalho, portanto sempre será necessário a decisão do STF, conforme MP 927, pois antes dessa medida, cabia ao trabalhador comprovar que ele adquiriu a COVID-19 no seu ambiente de trabalho, porém o STF decidiu que a comprovação quanto a contaminação deverá ser através de realização de perícia, quando afastado por mais de 15 dias, avaliando assim a exposição do trabalhador ao contato com o vírus.

Portanto a doença fruto de uma pandemia como regra não é considerada acidente de trabalho, mas a depender da natureza da atividade prestada pelo trabalhador, se o expuser ou o manteve contato direto com o vírus, pode ser considerada acidente de trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As relações de trabalho e os direitos dos trabalhadores com a pandemia da COVID-19 sofreram uma série de consequências, tanto as empresas, como aos trabalhadores, impactando diretamente toda a sociedade brasileira, pois como a medida mais eficaz contra o enfrentamento da pandemia era o isolamento social, as atividades econômicas em sua maioria foram limitadas, ocasionando assim o grande número de demissões dos trabalhadores.

A partir dessas demissões o termo “uberização do trabalho” tornou se ainda mais conhecido, pois as pessoas tiveram que se reinventar para de alguma forma garantir o sustento de família, mesmo sendo uma forma de trabalho que não garante nenhum direito ao trabalhador, como por exemplo horas extras, ou seja, está totalmente desamparado em relação ao seu trabalho.

O teletrabalho também foi uma medida adotada em meio à crise, que é uma forma de trabalho onde é realizada fora da empresa, de modo que não se configure como trabalho externo. Foi um meio bastante usado na pandemia, devido ao isolamento social e as atividades da empresa que não poderiam ser suspensas e que prevalecem, devido ter sido muito aceitas.

Portanto, a pandemia do COVID-19 mexeu com a vida do trabalhador autônomo, do trabalhador formal e trouxe muitas mudanças significativas nas relações entre empregado e empregador, mas com as medidas adotadas pelo governo, conseguissem manter o emprego desses trabalhadores.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, J. V. M. A.; PILATE, F. D. Q.; FÉLIX, Y. S. Uberização do Trabalho os riscos à saúde dos entregadores por aplicativo frente à pandemia da COVID-19. *Revista Direitos, trabalho e política social, CUIABÁ*, V. 6, n. 11, p. 46-69, jul. /dez. 2020.

ASSAR, Vólia Bomim. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, out/2014.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL, DECRETO 10.282 DE 20 DE MARÇO DE 2020 Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10282-20-marco-2020-789863-publicacaooriginal>

BRASIL, Medida Provisória Nº 927 de 22 de março de 2020, disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm)

GBZO, Bernard E. Outro modo de trabalhar. *La revolucion del trabajo*, in *Trabajo*. Revista da Organização Internacional do Trabalho, n 14. Genebra: OIT, 1995.

MAENO, M.; CARMO, J. C.; LIMA, C. Q. B. Saúde dos Trabalhadores e Trabalhadoras pós-Covid-19. In: VASCONCELLOS, L. C. F. *et al.* (Org.). *Saúde do trabalhador em tempos de desconstrução: caminhos de luta e resistência*. Rio de Janeiro: Cebes, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27-28 e 138.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O Direito à Desconexão no período de Home Office: análise dos impactos da quarentena pelo covid-19 na saúde do trabalhador. *Revista Direito UFMS*. v. 6, n. 1, p. 131-149. Campo Grande, out. 2020.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schimidt. Covid-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho. In: MELO, Ezilda;

RICHA, MORGANA DE ALMEIDA, TST – RECURSO ORDINÁRIO, ROT: 01040944920205010000, Relator: Morgana De Almeida Richa, Data de Julgamento: 06/09/2022, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 09/09/2022, disponível em <https://www.tst.jus.br/ministros/-/>

asset\_publisher/vKn1/content/id/27905930

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3º ed. São Paulo: LTr, 2004. P. 197-198.

SILVA, Ana Cláudia de Lima Pinheiro Lins E. Impactos da Covid-19 nas relações trabalhistas. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 12, pp. 105-120. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à Desconexão do Trabalho. 2011. Disponível em: Acesso em: 1º out. 2018.

TITTONI, Jaqueline; ANDREAZZA, Jaqueline Perozzo; SPOHR, Fúlvia da Silva. O trabalho no contexto da acumulação flexível e a produção de subjetividade. Psicologia em Revista, v. 15, n. 2, 2009.



# Doenças adquirida nas relações de trabalho: reflexos e consequências

## Diseases acquired in work relations: reflexes and consequences

---

Maria Auxiliadora de Brito Almeida

*Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

Ícaro Maia Chaim

*Docente graduado em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Advogado. Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Acre. Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Uninorte.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.9

## RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de estudar a evolução do trabalho desde a época da escravidão, apresentar algumas doenças ocupacionais adquiridas do trabalho, revisando a Legislação Brasileira no que se refere a saúde do trabalhador quanto ao enquadramento das patologias, O Síndrome de Burnout – Esgotamento Profissional, as Lesões por Esforços Repetitivos – LER e os Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho - DOR, são as patologias que mais acometem os trabalhadores devido seu ambiente de trabalho e a forma de como é executado as atividades laborais. Quais as causas e consequências que os trabalhadores são submetidos, ainda quais os benefícios que essas pessoas recebem a serem acometidas por essas doenças. As decisões judiciais que acataram as reivindicações desses trabalhadores. Assim conclui que a legislação reconhece que as correlacionadas doenças são consideradas como doenças do trabalho e podendo ser equiparadas como acidente de trabalho. Veremos ainda o significado do limbo previdenciário.

**Palavras-chave:** evolução ao direito do trabalho. doenças adquiridas no trabalho. limbo previdenciário.

## ABSTRACT

This study aims to study the evolution of work since the time of slavery, to present some occupational diseases acquired at work, reviewing the Brazilian Legislation with regard to the health of the worker in terms of the classification of pathologies, The Burnout Syndrome - Exhaustion Professional, Repetitive Strain Injuries - RSI and Work-Related Musculoskeletal Disorders - PAIN, are the pathologies that most affect workers due to their work environment and the way work activities are carried out. What are the causes and consequences that workers are subjected to, and what benefits do these people receive from being affected by these diseases. The judicial decisions that accepted the claims of these workers. Thus, it concludes that the legislation recognizes that the correlated diseases are considered as occupational diseases and can be treated as an accident at work. We will also see the meaning of the social security limbo.

**Keywords:** evolution to labor law. work-acquired diseases. social security limbo.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de mostrar um pouco das doenças que são adquiridas através do trabalho, o que leva os trabalhadores a serem acometidos por essas patologias, se o mesmo tem amparo legal após ser diagnosticados que a doença foi adquirida através de suas atividades laborais.

Antes de adentrarmos nesse assunto, vamos voltar na época da escravidão de como funcionava os trabalhos escravos, o qual os escravos tinham somente o dever de trabalhar para seus senhores, sem direito nenhum a seu benefício, ou seja, na época não existia direitos aos trabalhos/escravos, apenas dever de executar suas tarefas e ainda eram maltratados.

O sofrimento dos escravos ocorreu até maio de 1.888 que foi após a assinatura da lei

áurea os escravos finalmente foram livres e assim passaram a ter em troca de sua mão de obra uma contraparte remunerada, ou seja, os escravos não eram mais obrigados a servir os senhores feudais sem ter direito a algum benefício, pois a partir daquela lei todos eram livres e podendo oferecer seu trabalho e não sendo mais obrigados e principalmente castigados.

A era Vargas com a criação da CLT a nova legislação que trouxe os direitos dos trabalhadores, bem como, a reforma trabalhista em 2017 trazendo algumas mudanças na legislação trabalhista.

Para começar, quando as doenças que os trabalhadores são acometidos no trabalho, não significa que essas doenças só foram aparecer recentemente, na verdade essas doenças já vêm de muitos anos atrás, os escravos já sofriam doentes por causa do trabalho, mas era uma época que não tinham seus direitos reconhecidos. Hoje vivenciamos uma época mais fácil de identificar essas patologias que muitos trabalhadores ficam até incapacitados em suas atividades laborais, ocasionando o afastamento do trabalho e assim sobrecarregando a previdência com o ônus devido as ocorrências junto ao órgão.

As doenças que mais são acometidos os trabalhadores no ambiente de trabalho são a Síndrome de Burnout, LER/DORT.

Burnout, conhecida também como esgotamento profissional denomina-se aquelas pessoas que se encontram fisicamente e emocionalmente cansadas e esgotadas em virtude de seu trabalho realizado já a algum tempo, levando o indivíduo a insatisfação a realizar suas tarefas, pela má convivência com seus colegas de trabalho, pelo não reconhecimento por parte de seus superiores, dentre outras atitudes que o trabalhador acaba adquirindo esse transtorno de estresse devido as pressões psicológicas que sofrem, tornando-se um caminho mais amplo para adquirir outras doenças.

LER, doença que também acomete muitos trabalhadores, em especial aqueles que realizam suas tarefas em movimentos repetitivos que adquirem lesões por esforços repetitivos e aqueles que ocasiona distúrbios osteomusculares, por posturas inadequadas, com equipamentos impróprios aqueles que ocasionam a DORT.

Ainda abordado um pouco sobre o que significa o limbo previdenciário, se o mesmo traz benefício ao trabalhador ou ao empregador.

Sobretudo, o presente artigo tem o objetivo de apresentar de forma mais clara as causas e consequências que são submetidos tanto os trabalhadores que acabam adoecendo devido a forma que exerce suas atividades e o ambiente de trabalho, como também aos empregadores.

## **EVOLUÇÃO DIREITO DO TRABALHO**

Vamos discorrer um pouco do direito do trabalho, volta aos tempos passados, época que não existia direito aos trabalhadores, para alcançar os direitos que hoje conquistamos, foi uma luta por muitos movimentos históricos e luta tanto por conquista individual, como por coletiva.

Direito do trabalho é entendido como a ciência jurídica que estuda as relações jurídicas, entre empregadores e empregados.

## Época da escravidão

Na idade antiga, a escravidão foi a época e que existia apenas mão de obra sem sequer nenhum direito a favor do escravo, os mesmos pagavam seus sustentos com o suor de seus rostos, trabalhavam de graça para seus donos e ainda eram açoitados/maltratado. Os escravos eram vendidos nas feiras pelos comerciantes como se fosse mercadorias, eram tratados como coisa, o senhor feudal que comprava tinha a mão de obra gratuita a seu favor. Esta foi a forma de trabalho mais sofrida que já existiu, os escravos eram tratados como uma propriedade e seu objetivo era somente trabalhar para enriquecer seus donos.

Os escravos prestavam serviço nos campos, minas, vilas, comércio, artesanato, dentre outros.

Enquanto os escravos faziam o trabalho pesados, os outros poderiam ser livres.

Para Platão e Aristóteles, na Grécia o trabalho compreendia apenas a força física sendo que a dignidade do homem era restrita aos negócios da cidade.

Na Idade Média, o trabalho era o momento de servidão dos escravos, época do feudalismo onde os senhores feudais davam proteção política e militar aos servos, porém não eram livres, ou seja, continuavam prestado serviços aos seus senhores. Os Servos em troca de seus trabalhos tinham o direito do uso da terra, como ainda a proteção mencionada, eram obrigados a entregar grande parte da produção para seus senhores.

Os servos trabalhavam nessas terras, cuidando do gado, cultivando e obtendo alimentos para se sustentar, porém, essa relação de trabalho era na verdade abusiva, pois os servos doavam seu trabalho, o que tornava os senhores ainda mais ricos. e quanto mais os servos produziam, mais eles tinham que pagar ao seu senhor.

O que pode observar que o trabalho nessa época trazia vantagem somente aos senhores feudais, quanto aos servos os mesmos se matavam no trabalho em troca de alimentos para si e família, alimentos esses plantados e colhidos pelos próprios escravos, e assim, cada vez mais enriquecendo os senhores que eram seus donos.

Em 13/05/1888, foi publicada a lei áurea, o que tornou livre todos os escravos que viviam em escravidão, tornando assim essa lei importante ao direito do trabalho, pois a partir desse momento as pessoas poderiam ser livres e poder colocar seus trabalhos a disposição e ser remunerado, ou seja, ofereceriam a mão de obra e em contrapartida receberia pelo trabalho executado.

A origem do direito do trabalho ocorreu na Revolução Industrial, onde o trabalho passou a ser pago pela execução, em virtude do surgimento das máquinas, o trabalho artesanal foi substituído.

O desenvolvimento histórico do trabalho surgiu da busca das pessoas pela satisfação de suas formas biológicas de subsistência, quando essas necessidades foram atendidas outras necessidades surgiram, dando origem a gerar outras relações que definem a condição histórica do trabalho. Direito do Trabalho, veio para proteção dos direitos dos trabalhadores.

A CLT, foi criada em 1943, entrando em vigor as leis trabalhistas contendo os direitos e deveres aos trabalhadores.

É através da Justiça do Trabalho órgão que os trabalhadores ingressam para reivindicar seus direitos trabalhistas adquiridos e não reconhecidos por seus empregadores.

Com o passar do tempo, veio a Reforma Trabalhista pela Lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Lei do Trabalho - CLT, sendo sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017.

## **Saúde e segurança dos trabalhadores no trabalho**

A segurança e a saúde são importantes a todos os trabalhadores e principalmente aquele que está a desenvolver sua atividade laboral e correr o risco de ser acometido por alguma doença ou acidente de trabalho. É importante que o local de trabalho em uma empresa seja adequado com a execuções das atividades exercidas por seus empregados, cabendo ao empregador prevenir que o em estar do trabalhador seja preservado. Acontecendo do trabalhador se diagnosticado com alguma doença que tenha sido adquirida no trabalho, o mesmo tem direito de ser afastado de suas atividades laborais pelo período de 15 dias, sem interrupção de seu salário pagos pelo empregador. Após os 15 dias esse trabalhador ficará fastado e recebendo benefício pago pelo INSS.

A saúde do trabalhador além de ser importante ao mesmo, também se torna importante ao seu empregador, em razão que terá um empregado desempenhando suas funções com melhor habilidades e não trazendo também qualquer prejuízo a empresa que desempenha suas atividades, ou seja, é importante que o empregador proporcione um ambiente adequado para o empregado executar suas tarefas, bem como, ainda se sinta motivado para desempenhar suas atividades sem comprometimento de sua saúde.

Conforme dispositivo do artigo 157, I, II, da Consolidação das Leis do Trabalho. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943), ao empregador cabe zelar pela saúde de seu empregado. Vejamos:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - Cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - Instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais

III - Adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - Facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Não se eximindo a responsabilidade do empregado de seguir e cumprir as determinações impostas pelas empresas. Vejamos o que diz o art. 158, I, II, da CLT.

Art. 158 - Cabe aos empregados:

I - Observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - Colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

## **Doenças adquiridas no trabalho e suas consequências**

Doenças ocupacional do trabalho são aquelas adquiridas pelo exercício ou forma das



atividades realizadas ou em função de condições especiais.

Muitas mortes, doenças de trabalhadores foram causadas direta ou indiretamente em seu ambiente de trabalho. As atividades laborais sempre apresentaram riscos potenciais, muitas vezes provados em lesões que prejudicam a a saúde do empregado.

Os trabalhadores são atingidos pelas doenças no trabalho de diversas formas, sejam, pelo stress constante, pela concorrência, pelo faturamento da empresa, pelas perdas salariais, pelas cobranças de seus superiores, e principalmente pelas tarefas executadas de formas exigentes, e pelos movimentos repetitivos.

São muitas as doenças que o trabalhador adquire em seu trabalho exercendo determinadas tarefas, ou, também com utilização de produtos ofensivos a sua saúde. A doença ocupacional é aquela que é ocasionada por determinada atividade ou profissão, nesse caso o nexo causal é preciso ser comprovado, se foi a atividade desenvolvida pelo trabalhador que causou a doença, ou se por esse motivo veio a agravar ainda mais.

Essas doenças aparecem devido as atividades elaboradas no trabalho que o trabalhador está inserido.

Normalmente essas doenças costuma a surgir de modo muito silenciosa e gradativa, quando o trabalhador percebe já está com uma incapacidade laboral.

Vejamos o dispositivo do artigo 20, II. (BRASIL. **LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências).

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

II - Doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Entende-se que a doença ocupacional, assim entendida como adquirida ou desencadeada em decorrência de condições especiais em que o trabalho é executado.

## **Saúde mental no trabalho**

O estresse é uma doença que mais acomete os trabalhadores em geral, muitas pessoas sofrem de estresse devido o ritmo de seu trabalho, porém muitos não percebem que estão sofrendo por desconhecer dos sintomas.

São diversos fatores que desenvolve o estresse no trabalhador em geral. Normalmente quando falamos em doença no trabalho nos referimos as saúdes físicas, mas as doenças também podem ser mentais, pois muitas pessoas sofrem de alguma espécie de transtorno mental, podendo ser de menor ou maior gravidade. O estresse no trabalho é uma das principais perdas de produtividades.

O trabalho tem uma série de significados e valores em nossa sociedade, como reconhecimento, realização pessoal, estado social e também subsistência, sendo importante o trabalho para cada pessoa, o maior tempo de cada um é dedicado a seu trabalho. O que mais determina o estresse no trabalho são metas, condições de trabalho inadequadas, são problemas familiares

que não são resolvidas e acaba levando para o trabalho.

Nos preparamos para o trabalho formados, qualificados e esperamos ter fonte de subsistência, identidade social, e dedicamos por amor e prazer, por isso quando se é frustrado ou sofre por desrespeito, injustiça, passando por decepções, o que afeta a saúde do indivíduo.

O sofrimento psíquico do trabalhador, ou seja, o sentimento de inferioridade angustia, sentimento de inferioridade, insegurança, desânimo e desespero, podem causar as mais diversas consequências à saúde, como depressão, fadiga crônica, distúrbio de sono, stress e casos extremos.

As pessoas em seu trabalho acabam acumulando funções, com dupla, tripla jornada de trabalho, que muitas vezes levam trabalho para casa, tornam uma margem muito grande de trabalho informal, o que torna a sobrecarga de trabalho aumentado, onde acaba acontecendo também acidente de trabalho.

### **Como trabalhar sua saúde mental e da equipe**

O importante para trabalhar a saúde mental e de toda equipe de uma empresa, é oferecer suporte e benefícios aos trabalhadores, como auxílio em planos de saúde, auxiliar nas questões financeiras podem auxiliar os colaboradores a procurarem ajuda, reconhecer os esforços em suas atividades ou tarefas deixando assim de cobrar demais de seus colaboradores, reconhecer e valorizar o trabalho é de fundamental importância e ajuda muito na saúde mental do trabalhador, fazendo com que a pessoa se sinta valorizada e se motivada em seu dia a dia.

É de suma importância que em uma empresa o gestor procure seus colaboradores para conversar, e assim o incentivem que eles o procurem também sempre que precisarem compartilhar seus sentimentos e sensações, tornando assim a comunicação interna saudável, ficando um canal aberto entre gestores e colaboradores para feedbacks, avaliar e opinar sobre uma tarefa, não focando assim apenas no resultado, mais no desempenho de cada.

Uma boa alimentação ajuda na saúde mental, o que para muitos trabalhadores acabam não tendo horário certo para suas refeições, por ter muitas tarefas e principalmente ser muito cobrado, ocasiona que o mesmo ultrapasse seu horário de almoço/descanso, uma alimentação desregrada pode prejudicar a saúde e aumentar a indisposição.

Relacionamentos saudáveis e constantes entre os colaboradores é fundamental, deixando assim as pessoas mais próximas uma da outra, fazendo com que isso seja de modo natural

Importante que o trabalhador tenha um momento de diversão, ou seja, um momento para se distrair um pouco de suas tarefas, torna-se um trabalho menos cansativo e alcançando assim melhor os objetivos de uma empresa.

## **SÍNDROME DE BURNOUT OU ESGOTAMENTO PROFISSIONAL**

Síndrome de Burnout, conhecida como esgotamento profissional, é denominado as pessoas que se encontram fisicamente e emocionalmente cansadas e esgotadas em virtude de seu trabalho realizado já há um longo período de tempo, o que significa como queimar um combustível de uma máquina por completo, ou seja, sem combustível o motor não irá funcionar, assim

na verdade é uma síndrome que define um extremo cansaço por conta de excesso de produção ou já por cansaço das mesmas tarefas executadas diariamente, é um transtorno emocional com sintomas de estresse e esgotamento físico decorrentes do trabalho exaustivo. É uma combinação de estresse emocional e físico e pode levar à depressão, ansiedade, até exaustão física. Os sintomas do transtorno variar de pessoa para pessoa, o que acaba sendo uma patologia de caráter depressivo, podendo atingir qualquer área profissional, atingindo as áreas mais comuns como: professores, bancários, administradores, área da saúde, entre outros trabalhadores, por ser essas profissões que demandam muita competência, dedicação, atenção e normalmente envolve vidas de outras pessoas.

## **Manifestação do Burnout**

As manifestações da síndrome de burnout, geralmente acontecem através da má qualidade de sono, no desânimo ao acordar e ter que ir trabalhar, (executar aquelas mesmas tarefas), irritabilidade, pensamento negativos relacionados ao trabalho, ansiedade, diminuição na produtividade, o não reconhecimento de seus esforços por parte de seus superiores, empatia, sentimento de esgotamento de energia, baixa autoestima, cobranças excessiva, longas jornadas de trabalho, pouco repouso, conflitos com colegas de trabalho, acúmulos de funções, dentre outros.

Existe fase que o profissional começa viver antes de identificar que o seu trabalho está em excesso, a necessidade de resolver as tarefas de trabalho de forma imediata, deixar de sair, deixar de ficar com a família, não ter mais tempo para fazer um passeio, tudo isso porque precisa da conta do trabalho.

Chega o momento que o trabalhador começa a perceber que algo está errado, pois seu corpo acaba a manifestar alguns problemas, como dor musculares, no pescoço, na coluna, aquelas dores de cabeça constantes, ou seja, aquelas dores que o profissional nunca tenha sentido na vida, acaba a sentir no seu dia a dia, ou seja, o corpo quer chamar a atenção, o que acaba sendo deixado de lado e superadas por meio de analgésico.

Após as manifestações físicas, começam a aparecer as manifestações psíquicas e emocionais, o indivíduo começa a se estressar facilmente, ficando irritado com frequência, o tom de voz e o jeito de falar fica ofensivo e agressivo, tornando o relacionamento social conflituoso e mais distantes, ou seja, não havendo mais relacionamento com outras pessoas e sim, só com o trabalho. Aquele que sofre dos sintomas de síndrome de burnout passa a colocar seu trabalho apenas como uma obrigação de fazer, não tendo mais um prazer ao realizar suas atividades laborais, ou seja, que é apenas dever fazer, o que torna um trabalho desprazeroso.

## **Evitar estresse no trabalho**

Sabemos que o mal que acomete a muitas pessoas é o estresse, e este por muitas vezes está ligada uma rotina profissional. Aquela pressão pelo empregador para executar as tarefas no trabalho, pode desgastar o psicológico daquela pessoa/empregado, caso não consiga fazer algumas mudanças que venham a reverter o quadro. É importante o profissional que descubra o que está lhe deixando tanto estressado, se é o mal relacionamento com algum colega de trabalho, se é o curto prazo para executar as tarefas, se é muita cobrança por parte de seu superior, o que acaba lhe desmotivando e principalmente sem um reconhecimento do qual é esperado, dentre outros. Muitos empregadores sobrecarregam seus colaboradores e apenas pensam na

execução das tarefas ali atribuídas aos empregados.

Assim, reconhecendo o problema que lhe causa estresse no trabalho, assim poderá entender de forma clara e trabalhar para que aqueles motivo não venha atingir de proporcionalidade maior. É suma importância que o trabalhador entenda seu limite e não queiram fazer várias tarefas dentro de um mesmo período, sendo que pode fazer apenas a metade. Pois, o acúmulo de demandas acaba trazendo mais estresse e frustrações em razão que não conseguiu entregar o que foi cobrado. É melhor aprender a dizer não, ao invés de sempre um sim, ou então estipular você mesmo um prazo para entrega dos trabalhos que lhe foi repassado, pois evitará um desgaste emocional e ainda fará um bom trabalho dentro do seu prazo estabelecido.

## **Direito dos trabalhadores com a síndrome de Burnout**

Já vimos que a síndrome de Burnout pode ocasionar sérios problema de saúde a uma pessoa devido seu trabalho inadequado.

Direitos que os trabalhadores tem que foram acometidos por essa doença. A síndrome de burnout, é uma doença ocasionada pelo ambiente de trabalho, ou seja, pela forma e pressão que é desenvolvida a atividade daquela pessoa, sendo assim é equiparada com acidade de trabalho, são os direitos como:

- Emissão da CAT emitida pela empresa, pelo médico ou até mesmo pelo próprio assegurado ou pelo sindicato que representa o empregado, não será prejudicado o trabalhador pela ausência da CAT em processos trabalhista, ela será considerada como uma prova a mais;
- Enquanto o trabalhador estiver incapaz ao trabalho por causa da doença não pode dispensado pela empresa;
- Direito a afastamento do trabalho por doença ocupacional;
- Por ser uma doença ocupacional terá estabilidade de 12 meses após o termino do auxilio doença acidentário ou direito a indenização.

O empregador tem que dar condições de um ambiente saudável ao empregado, respeitando normas de saúde e segurança, não podendo o trabalhador se submeter a um risco de adoecimento, ou seja, ficar com problema de saúde mental devido ao seu ambiente de labor, terá ainda direito a danos morais e danos materiais.

Assim, como os danos materiais o trabalhador pode pedir o reembolso dos valores gastos com médicos, medicamentos, tratamento alternativos, dentre outros que ele for submetido.

## **Decisões que estabeleceu o pagamento de indenização para quem sofreu síndrome de Burnout**

Apesar da síndrome de Burnout ser uma matéria com pouca repercussão na esfera da Justiça do Trabalho, pois são muitas pessoas acometidas por essa doença, porém, são poucas que entendem que os sintomas são adquiridos através de seu trabalho, já temos decisões favoráveis aos empregados, uma vez sendo comprovado o nexos de causalidade entre as atividades exercidas e a doença cometida ao trabalhador. Vejamos decisão de Recurso de Revista provido

do Tribunal Superior do Trabalho - TST dispõe:

REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÍNDROME DE BURNOUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO. R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS), A TÍTULO DE DANOS MORAIS, REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PELO TRIBUNAL REGIONAL. STRESS OCUPACIONAL E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO. MAJORAÇÃO DEVIDA. R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). Dallegrave Neto define o burnout como “um esgotamento profissional provocado por constante tensão emocional no ambiente de trabalho”, ocasionado por um sistema de gestão competitivo, com sujeição do empregado às agressivas políticas mercantilistas da empresa. Segundo Michael P. Leiter e Christina Maslach “a carga de trabalho é a área da vida profissional que está mais diretamente associada à exaustão. Exigências excessivas de trabalho provenientes da qualidade de trabalho, da intensidade dos prazos ou da complexidade do trabalho exaurem a energia pessoal”. Os autores também identificam que, do ponto de vista organizacional, a doença está associada ao absenteísmo (faltas ao trabalho), maior rotatividade, má qualidade dos serviços prestados e maior vulnerabilidade de acidentes no local de trabalho. A síndrome de burnout integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social. O mencionado Anexo identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Entre os transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10) consta, no item XII, a síndrome de burnout - “Sensação de Estar Acabado (Síndrome de Burnout, Síndrome do Esgotamento profissional)”, que na CID-10 é identificado pelo número Z73.0. No caso específico dos autos, a gravidade do distúrbio psicológico que acometeu a reclamante é constatada pelas informações de natureza fática registradas no acórdão regional: longo período de afastamento do trabalho, com a concessão de benefício acidentário pelo INSS e o consumo de medicamentos antidepressivos, além de dois laudos periciais reconhecendo que a incapacidade laboral da autora é total, a doença é crônica e não há certeza sobre a possibilidade de cura. Por oportuno, este Relator já teve a oportunidade de se manifestar em matéria semelhante, em que se reconhece como passível de reparação por dano moral a exigência excessiva de metas de produtividade, isso porque o sentimento de inutilidade e fracasso causado pela pressão psicológica extrema do empregador não gera apenas desconforto, é potencial desencadeador de psicopatologias, como a síndrome de burnout e a depressão, o que representa prejuízo moral de difícil reversão ou até mesmo irreversível, mesmo com tratamento psiquiátrico adequado. Atenta-se ao fato de que, além da observância ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável, conforme assegura a Constituição Federal de 1988, imprescindível considerar, ainda, que cada indivíduo deve ser respeitado em sua singularidade, daí a necessidade de se ajustar o contexto ocupacional à capacidade, necessidade e expectativas razoáveis de cada trabalhador. O Tribunal Regional de origem, ao fixar o valor da reparação por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não atentou para as circunstâncias que geraram a psicopatologia que acarretou a invalidez da reclamante, oriunda exclusivamente das condições de trabalho experimentadas no Banco reclamado, período em que sempre trabalhou sob a imposição de pressão ofensiva e desmesurada, com o objetivo de que a trabalhadora cumprisse as metas que lhe eram impostas. Portanto, cabível a majoração do valor da indenização por dano moral para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 959-33.2011.5.09.0026. Reparação por danos morais. Síndrome de burnout. Doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho. Relator: José Roberto Freire Pimenta, 29 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudenciatst/186850950/inteiro-teor-186850970>. Acesso: 05 de mar de 2023.

Além do estresse profissional que atinge milhares de pessoas através de suas atividades, temos também outras doenças que acometem também diversas profissões que acabam por adquirir em seus trabalhadores como as que ocorrem devido a movimentos repetitivos para execução de suas tarefas em labor, acabam adquirindo a LER e DORT, que são das doenças mais cometidas em relação ao trabalho executado por movimentos repetitivos.

### **Lesão por esforços repetitivos - LER**

LER, é uma doença adquirida através de movimentos repetitivos, ou seja, são consequências de vários fatores de trabalho e estão relacionadas aos movimentos com frequências,

aqueles mesmos movimentos repetidos para execução de uma determinada atividade, o que acaba causando dores e incomodo nas articulações dos trabalhadores que são acometidos por essa patologia.

Geralmente, passar horas na frente de um computador digitando, ou fazendo outras atividades com a mesma repetição, são um conjunto de doenças que atinge principalmente os membros superiores, como: mãos, braços, antebraços, punhos, ombros e colunas, pode ocorrer lesões nos tendões do punho, fazendo com que a pessoa tenha muito incomodo e dor, por muitas vezes ser necessário a utilização de munhequeira para aqueles que utilizam principalmente as mãos.

O esforço repetitivo/excessivo e a postura do corpo também podem causar a doença da LER.

No ambiente profissional é importante dosar atividade a ergonomia no local de trabalho é importante que seja avaliada, importante para aqueles trabalhadores que exercem suas tarefas com esses movimentos repetitivos, tenha um descanso de pelo menos 15 minutos a cada hora de trabalho, além do descanso é útil que o trabalhador se sinta confortável na execução de seus serviços diários.

DORT – Distúrbios Osteomusculares Relacionado ao Trabalho, é um tipo de doença adquirida pelo trabalho que representa as causas principais de morbidade ao trabalhador. caracteriza as mais diversas condições de trabalho, afetando fatores físicos e psicológicos aos trabalhadores de diferentes ocupações, tornando esses distúrbios uma patologia multifatorial.

Essas lesões ocorrem devido a um sistema musculoesquelético hiperativo, realizado sem descanso para restaurar estruturas relacionadas, independentemente de atividades executadas. São vários fatores relacionados ao trabalho que contribuem para o aparecimento como os sintomas da DORT, como no caso da postura inadequada, ou seja, utilizar uma cadeira que a postura do trabalhador fique desconfortável, executar as tarefas somente em pé, fazendo com que no final do expediente a pessoa se sinta completamente com o corpo cansado e dolorido, executar tarefas com movimento em repetições, estresse, o que acomete dor, dormência em membro do corpo, fadiga muscular, com inflamações dos tendões, inflamações em ligamentos, dentre outros sintomas, que por muitas vezes acaba por afastamento do trabalhador de seu trabalho por um certo tempo.

Por muitas vezes o DORT pode causar incapacidade ao trabalhador, podendo deixá-lo impossibilitado de executar suas tarefas e causando até afastamento temporário ou permanente de suas atividades laborais.

Alta carga de trabalho, postura inadequada e estresse psicológico, podem impedi-los de realizar atividades profissionais, tornando-os mais suscetíveis à participação dos DORT.

Principais causas da LER/DORT são:

- \* Postura (postura de realizar as atividades sentada ou em pé)
- \* Levantamento ou carregamento de peso;
- \* Jornada de trabalho prolongada;

- \* Movimento repetitivos;
- \* Ausência de pausa para descanso em tarefas longas;
- \* Prevenções para evitar a LER/DORT:
- \* Redução de necessidade do número de repetições;
- \* Uma boa relação entre a equipe de trabalho;
- \* Definição de metas entre a equipe;

A maioria da população acometida da doença LER/DORT é do sexo feminino.

São direitos dos empregados que adquirem doenças ocupacionais: despesas médicas, auxílio doença (estando afastado de seu trabalho por mais de 15 dias); aposentadoria por invalidez em caso de permanente; estabilidade no trabalho provisória após receber alta do INSS (por 12 meses); dano moral; dano estético, dentre outros.

Devido a diminuição da capacidade funcional os trabalhadores mais velhos têm mais probabilidade as doenças adquiridas pelo trabalho.

Assim como as síndromes de Burnout, temos também julgados procedentes quanto a doença ocupacional LER. Decisão do Tribunal de Justiça/SP, dispõe:

ACIDENTE DO TRABALHO – REEXAME NECESSÁRIO – Sentença procedente que concedeu auxílio-doença - Sequelas de LER/DORT no membro superior direito – Prova pericial produzida nesta Superior Instância - Presentes incapacidade parcial e permanente e nexos laborais – Sentença de procedência modificada para concessão de auxílio-acidente. ACIDENTE DO TRABALHO - Vinculação ao benefício pleiteado na petição inicial – Desnecessidade - Inexistência de julgamento extra petita - Benefício concedido - Auxílio-acidente é inferior ao auxílio-doença - Inexistência de prejuízo e possibilidade do Judiciário de reduzir o pedido inicial. Conversão de auxílios-doença previdenciários em seus homônimos acidentários – LER/DORT no membro superior direito - Comprovação do nexos laborais. D. I.B - a partir do dia seguinte ao da cessação do último auxílio-doença (25.08.2014), ressalvado o que advier do Superior Tribunal de Justiça na hipótese de se definir marco diverso quando do julgamento dos recursos selecionados como representativos da controvérsia (REsp 1.786.736 e REsp 1.729.555, STJ - Tema nº 862) - Compensando-se, porém, com os valores já recebidos em decorrência do deferimento da tutela antecipada, por ocasião do julgamento do feito. ABONO ANUAL - Verba acessória devida por imposição legal. Benefício concedido sob a égide da Lei nº 9.528/97. JUROS DE MORA - Contados do termo inicial do benefício, posterior a citação, em conformidade com a Lei nº 11.960/2009. CORREÇÃO MONETÁRIA - Incidência do IPCA-E, com observância dos Temas nº 810 do S.T.F. e nº 905 do S.T.J. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Fixação da verba honorária - Arbitramento na fase executiva. Sentença modificada para concessão do benefício adequado, auxílio-acidente - Revogação parcial e adequação da tutela. Recurso de ofício, provido com observação (concessão de auxílio-acidente, termo inicial do benefício, abono anual, juros e correção monetária e honorários sucumbenciais) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Remessa Necessária Nº 0106209-10.2008.8.26.0229. Recorrente: Juízo Ex Offício. Recorrido: Marília Dalva Amorim Vieira. Relator: Antonio Tadeu Ottoni. Julgado em: 19 de fev. de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1169041009>. Acesso em: 05 de mar de 2023.

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Neste tópico será analisado a responsabilidade civil do empregador e o limbo previdenciário, diante das doenças ocupacionais.

Conforme previsto no Código Civil a responsabilidade civil, temos a subjetiva e a objetiva. Na responsabilidade subjetiva a vítima deverá comprovar o ato ilícito praticado pelo agente causador, o nexo causal, o dano sofrido e o dolo ou culpa desse agente causador.

A responsabilidade civil a ser utilizada nas doenças ocupacionais e a subjetiva, devendo ser comprovado o nexo causal entre as doenças e as atividades desenvolvidas pelo empregado.

O que diz o dispositivo do artigo 186, cumulado com o artigo 927, do Código Civil(BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**):

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O dispositivo do artigo diz que é ilegal violar direito e causar dano e causar dano a outrem por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência mesmo que seja puramente moral.

Assim, a responsabilidade civil foca na ação ou omissão do agente, em sua culpa pelo ato. É responsabilidade do empregador transformar como cultura da empresa a prevenção contra acidentes de trabalhos e as doenças ocupacionais, podendo estabelecer medidas protetivas e garantir a saúde de seu empregado, com melhor condições de trabalho, capacitação profissional e ambiente saudável.

Para constatar que a patologia se deu por conta do trabalho, ou se a doença tem alguma relação com as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, será necessário realização de perícia. Mesmo que a perícia evidenciar que a doença do trabalhador tem origem multifatorial, o empregado poderá demonstrar a relação entre as doenças e as atividades através de testemunhas.

A responsabilidade civil do empregador também está ligada à ideia de reparação a pessoa vítima da doença adquirida no trabalho, ou seja, para restituir ao trabalhador acometido pela doença, por meio de uma indenização que deverá englobar não efetivamente o que sofreu, mas tudo que deixou de conseguir diante do dano sofrido.

O empregado poderá ingressar com ação tanto de danos materiais, como de danos morais. No entanto, para haver uma condenação de danos morais deve ter provas de que o trabalhador suportou uma violação de seu direito de ter sua integridade física preservada e que não houve uma prestação digna de seu trabalho. Quanto aos danos materiais deverá o empregado comprovar os gastos que o mesmo teve como consulta médica, medicamentos, exames, dentre outros.

Será ainda devido ao empregado o pagamento de lucros cessantes pelo período que estiver recebendo o auxílio-doença acidentário, terá também direito a uma pensão mensal a partir da alta previdenciária, podendo ser vitalícia.

## **Limbo previdenciário**

O trabalhador ativo no seu trabalho e de repente é acometido por uma doença adquirida no trabalho, o que acaba incapacitando o mesmo para realização de suas atividades laborais, diante do afastamento a mais de 15 dias o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, passará a arcar com o pagamento de benefício ao trabalhador no período que este estiver afastado de



suas atividades, por incapacidade.

Não sendo suficiente o período afastado para o trabalhador se recuperar da doença acometida deverá fazer nova prorrogação do período, porém, o que o INSS devido o pedido de prorrogação acaba dando alta ao trabalhador dizendo que o mesmo está apto para retornar suas funções em seu trabalho, em razão do INSS dar alta ao empregado e deixando assim de pagar o benefício devido entender que o trabalhador já está apto, devendo o mesmo retornar ao seu empregado e o empregador através de exame médico emitido pela empresa não aceita o trabalhador de volta por entender que o mesmo está inapto a voltar ao trabalho, ocasionando o limbo previdenciário, por entender o empregador que não pode aceitar o empregado alegando que o mesmo está inapto.

Sendo o parecer do médico inapto, o trabalhador não retornará ao trabalho em razão do empregador se recusar a recebê-lo por motivo de estar inapto, entendendo que deverá ficar recebendo o benefício previdenciário, ficando assim o trabalhador sendo jogado de um lado para outro e sem receber seu benefício pela incapacidade ou salário pela capacidade, tornando-se o limbo previdenciário devido o tempo em que o empregador não concordam com a alta do empregado dado pelo INSS a voltar em suas atividades.

Causando assim angústia, medo, dor ao empregado por estar o mesmo sem sustento devido a situação do empregador não aceitar o empregado na empresa, alegando por estar o mesmo inapto a voltar a sua atividade. No caso do limbo previdenciário é o empregador que é responsável pelo pagamento do salário do empregado.

Havendo a alta pelo INSS, o empregado tem o prazo de 30 dias corridos da data da cessação do auxílio doença para retornar ao trabalho, sob pena de ser caracterizado como abandono de emprego. Conforme disposto na Sumula 32, do Tribunal Superior do Trabalho. BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Súmula 32. **Justa causa. Abandono de emprego.** Res. 121/2003, DJ 19,20 e 21.11.2003.

#### SÚMULA Nº 32 - ABANDONO DE EMPREGO

Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

O empregado poderá recorrer tanto administrativamente, como por meio judicial estando o mesmo sem receber seu salário/benefício. Também pode o empregado pedir danos morais devido todo o transtorno que o mesmo sofreu por ficar sem o benefício previdenciário, ou sem seu salário que deve ser pago pelo empregador em caso de ser considerado apto pelo INSS. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST – julgamento Recurso de Revista dispõe:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/14, 13.105/15 E 13.467/17. LIMBO PREVIDENCIÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO IN RE IPSA. Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil disciplinam a responsabilidade civil, sendo aplicados nesta justiça especializada por força do artigo 8º da CLT. Neles estão os pressupostos da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa do agente que cause algum tipo de dano a direito de outrem, seja material ou moral. No caso do dano moral, além dos artigos 11 e seguintes do CCB, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, V e X, assegura a indenização. Não há dúvidas de que é da empresa a responsabilidade pela busca de solução do conflito, principalmente para adotar todas as medidas cabíveis para o retorno da autora, além de efetivar o pagamento dos salários da empregada até a solução da pendência. No presente caso, o dano moral é in re ipsa (pela força dos próprios atos), ou seja, independe da demonstração do abalo psicológico sofrido

pela vítima, exigindo-se apenas a prova dos fatos que balizaram o pedido de indenização (a redução da capacidade laborativa e a inércia da ré para solucionar o impasse). Extraí-se da decisão regional que a reclamante ficou privada de auferir renda por longo período (cerca de 9 meses), por estar na incerteza de seu retorno ao trabalho ou ao benefício do INSS (“limbo jurídico judiciário”), sem que a empregadora tomasse providências no sentido de resolver ou ao menos amenizar essa situação. Nesse contexto, constata-se que os danos sofridos pela autora são evidentes. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal e provido. (TST - RR: 10008071020205020264, Relator: Alexandre De Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 16/02/2022, 3ª Turma, Data de Publicação: 18/02/2022)

Nos casos em que o INSS e o empregador não entram em acordo quanto ao afastamento ou não, o empregado deverá buscar apoio do Poder Judiciário, ao órgão competente para as causas trabalhistas para solucionar o litígio. Não é admissível que o empregado fique desamparado sem salário ou benefício, que antes da doença era pago pelo empregador.

Tanto a Constituição Federal quanto a CLT, consideram que o salário é essencial em razão de seu contrato, sendo excepcional a suspensão do vínculo empregatício. Sempre tendo que preservar pela dignidade do sustento do trabalhador.

Portanto, não se pode admitir que o empregador deixe o empregado sem receber seu salário, que ele necessita para seu sustento próprio.

Estando comprovado que o trabalhador foi acometido por doença adquirida pelo trabalho, não poderá o mesmo ser demitido, caso seja demitido sem justa causa poderá o trabalhador ser reintegrado ao seu trabalho por decisão judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo nas ocorrências de doenças adquiridas no trabalho, o que buscou mostrar como os trabalhadores são acometidos assim como as causas e consequência.

O trabalho é fundamental na vida do indivíduo, é através dele que as pessoas tem sua integridade diferenciada perante a sociedade.

Não se pode dizer que as doenças ocupacionais sejam o que os empregadores desejam, muito menos os funcionários, mas, infelizmente, algumas doenças se manifestam por meio do trabalho. Em muitas empresas, no entanto, há falta de supervisão por parte dos empregadores e de cooperação dos funcionários para se concentrar no desempenho e nas condições de trabalho que esses funcionários enfrentam. Muitas vezes, essas doenças podem ser evitadas quando medidas de proteção são tomadas para evitar que esse funcionário se torne mais uma pessoa acometida por essas condições.

As doenças que mais acometem os trabalhadores são a Síndrome de Burnout, conhecida como Esgotamento Ocupacional, que afeta o estresse do indivíduo ao nível do esgotamento mental e físico, e a LER/DORT, que se deve aos efeitos de movimentos repetitivos induzidos por equipamentos e má postura. Não são adequados para a realização de suas atividades laborais.

Entende-se que o transtorno mental – síndrome de Burnout, é ocasionado pelo excesso de trabalho ao indivíduo, por muitas vezes por querer dar conta de suas demandas acaba exagerando em sua atividade, bem como, ainda pelo não reconhecimento de seus superiores., a falta

de tempo para o lazer também pode levar ao cansaço mental naqueles que dedicam todo o seu tempo ao trabalho, impossibilitando o convívio social e a convivência com a família ou amigos. A síndrome de Burnout produz emoções e atitudes negativas que fazem com que os indivíduos se sintam inferiores em termos de realização profissional, levando ao esgotamento físico e mental.

Portanto, os trabalhadores que são afastados por causa da LER/DORT, acabam apresentando repercussões na saúde mental podendo desencadear transtornos psíquicos. Demonstrando um desgaste devido o sofrimento diante as situações com gastos com consulta médica, medicamento, exames e as perícias que este é submetido para garantir o afastamento do trabalho e receber benefício pela previdência durante o tempo que tiver afastado de suas atividades laborais e assim poder garantir sua sobrevivência com dignidade.

É extremamente importante que os empregadores monitorem o comportamento emocional dos funcionários, principalmente quando eles apresentam sintomas de esgotamento emocional e baixa produtividade no trabalho. Existem fatores no ambiente de trabalho que levam uma pessoa a reconhecer sintomas de Burnout, mas o nexos causal deve ser comprovado para ter direito ao benefício previdenciário.

Por fim, os empregadores devem tomar medidas de precaução para proteger a saúde de seus funcionários, manter um ambiente de trabalho saudável, usar equipamentos de proteção para realizar determinadas atividades entre os funcionários, treinar e ensinar para o bom relacionamento entre eles.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

JULGADOS. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/> - acessado em 10/10/2022.

MARTINEZ, Luciano. Reforma trabalhista: entenda o que mudou: CLT comparada e comentada.

PIMENTA, Adriana: Manual de Direito do Trabalho. 5º Edição. Saraiva. Acervo minha biblioteca.

SAMPAIO, Alexandre Santos. Indenização por acidente de trabalho gerado por lesão por esforço repetitivo: doença ocupacional (LER/DORT). Editora: Jh Mizuno. Edição: 1ª Edição. Ano: 2018

SANDRIN Luciano: Burnout. Como evitar a síndrome de esgotamento no trabalho e nas relações assistenciais. Edição padrão, 29 agosto 2019.



## **O cumprimento da proteção à maternidade no ambiente de trabalho, de acordo com a sessão V da lei 5.452/1943, Consolidação das leis trabalhistas**

### **Compliance with maternity protection in the workplace, according to the session V of law 5.452/1943, Consolidation of labor laws**

---

Daniele Sousa de Oliveira

*Dicente do 9º período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

Ícaro Maia Chaim

*Docente graduado em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Advogado. Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Acre. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.10

## RESUMO

Este estudo trata da proteção à mulher e o resguardo aos direitos feminino no ambiente de trabalho. A relação trabalhista entre empregada e empregador no dilema do cumprimento do amparo maternal, e como a mesma deve ser respeitada no vínculo empregatício sob o asseguramento proposto na Lei abordada neste presente artigo. Como aporte teórico, a sessão V da Lei 5.452 de 1943 procedeu-se uma análise histórica que faz com que aconteça uma analogia a todas as atualizações que a efetividade da Lei nos impõe a seguir e tornar cada vez mais prática a subordinação aos preceitos normativos. Ainda, o estudo trata dos trâmites da licença maternidade pós parto ou adoção, os direitos da puérpera, e principalmente, a estabilidade que deve ser zelada pela parte empregadora na correlação/mutualidade profissional.

**Palavras-chave:** estabilidade. licença maternidade. direitos da puérpera. proteção à mulher; consolidação das leis trabalho.

## ABSTRACT

This study deals the protection of women and the guarantee women's rights in the workplace. The labor relationship between employee and employer at the dilemma of fulfilling maternal care and how it should be respected in the employment relationship under the insurance proposed in the Law addressed in this study. As a theoretical contribution, section V of law 5.452 of 1943 proceeded with a historical analysis that makes an analogy to all the updates that the effectiveness of Law imposes to follow and make subordination to normative precepts more practical. This article deals with procedures of postpartum of adoption maternity leave, the puerperal woman and 2 mostly the stability that must be ensured by the employer in the professional correlation/ mutuality.

**Keywords:** stability. maternity leave. postpartum woman's rights. protection of women Consolidation of Labor Laws.

## AS MULHERES NO MUNDO DO TRABALHO

Há milênios de anos, as mulheres tentam conquistar seu devido espaço na sociedade procurando garantir seus direitos, até mesmo fundamentais, em pleno ápice do acesso a informação e lapidação de conhecimento generalizado. O direito igualitário legalmente previsto em lei, só se tornou possível entre homens e mulheres após inúmeras vidas ceifadas em todo o mundo, na busca por esses ideais.

Existe um paradigma na sociedade no que diz respeito às mulheres, onde persistem em compará-las com sexo frágil ou as remetendo à inconsistência, fazendo assim, alusão a uma visão retrógrada e posicionamento preconceituoso de milhares de anos atrás cuja a Lei e a ética sentenciam como ultrapassados.

Durante o decorrer dos anos, o enfoque a esse problema social tomou forma e com muito esforço grandes conquistas foram alcançadas no mundo feminino dentro da sociedade, assim como no direito trabalhista universal. Podemos salientar que foi somente com a Constituição de

1934 que a mulher atingiu a proteção médica durante a gravidez e a igualdade salarial. Anos depois, em 1988, a Constituição Federal garantiu a isonomia das mulheres no mercado de trabalho, sendo assim firmado em Lei a respeito dessa seguridade.

## **A desigualdade de gêneros**

Mesmo com o avanço dos movimentos feministas e o desenvolvimento pela busca da equidade natural de gênero, é possível identificar diversas ocasiões ou mesmo atos, com fendas que dão abertura para a continuação da discriminação ao sexo feminino. Essa cultura começa desde o nascimento até a vida adulta, quando o parâmetro é imposto em casa, nas escolas, no trabalho e na vida em sociedade do que é a importância da figura masculina nos altos níveis, ensinando meninos a buscarem o poder e o gozo, mas por outro lado, apresentando à menina que para ser uma boa mulher é necessário dominar as práticas domésticas ou que seu poder está limitado a uma bela e bem cuidada família.

Assim como os homens, as mulheres possuem direitos constitucionalmente garantidos e aplicados de forma expressa, na Constituição Federal. Essa garantia se estende a CLT no cumprimento da proteção à maternidade no ambiente de trabalho, fazendo assim, com que esta mulher, ou ainda o tutor legal deste direito como em casos adotivos, seja seguro e amparado com a licença maternidade, entre outros.

## **A discriminação da mulher no aspecto histórico**

Qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo é crime. A desigualdade de gênero tem por objetivo anular o exercício feito pela mulher, invalidando seu reconhecimento, sempre a diminuindo quando comparado ao gozo dos homens em toda sua liberdade social, política, econômica e cultural.

No âmbito civil, esse processo discriminatório se tornou mais evidente com a violação dos direitos a dignidade humana desde o começo, ainda nas primeiras sociedades já demarcadas na cronologia social e históricas em todo o planeta. No final do século XVIII, podemos perceber a entrada das mulheres no mercado de trabalho por um dos acontecimentos mais marcantes da biografia: a I Revolução Industrial.

Com a ida dos homens para campos de concentração para lutar na guerra, houve a ausência da mão de obra nas grandes fábricas e indústrias, sendo destinado assim, a totalidade dos serviços para as mulheres, afinal, muitas delas tinham uma família cheia de filhos para sustentar com o afastamento do sexo masculino no cenário comercial. Ademais, a participação feminina na produção desta época, nas mesmas condições de trabalho que o homem, serviu para comprovar a eficiência das operárias visto que atingiu o desenvolvimento pleno das funções mesmo sem a presença masculina impetrante.

Hoje, as mulheres possuem posição de destaque aonde chegam e com isso mostram que a competência e a dedicação não têm limites perante os gêneros, mas sob a capacidade de se reinventar todos os dias, mesmo sofrendo preconceitos e subdivisões por parte da grande maioria de empregadores, pessoas essas que tendo autonomia de contratar, ainda evitam uma funcionária por temor a ser obrigado a resguardá-la diante de qualquer questão que a possa lhe afastar.

## **OTIMIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DA MULHER**

Com autonomia e vigência no País, a política integral de saúde a mulher progride com as práticas gerenciais de vigilância sanitária, fortalecendo a democracia e gerando avanços na participação feminina no desempenho pela evolução ideal em que a mulher deve ser respeitada e ajudada em sua particularidade, individualidade e complexidade.

A população brasileira é composta em sua maioria pelo público feminino, contendo 51,1% de mulheres e 48,9% de homens. Um fato curioso é que apesar de viverem mais que os homens, as mulheres adoecem com mais frequência, e isso se dá pelo fato de que as mesmas possuem a discriminação social não só por serem restringidas à uma desigualdade exorbitante nas relações de trabalho, mas sim, por serem destinadas a cuidar da casa e da família com toda a responsabilidade doméstica sobre si.

Quando se trata do SUS (Sistema Único de Saúde), as mulheres também são as maiores usuárias do programa devido estarem com a responsabilidade não só do autocuidado em buscar melhoria de vida, mas também com a carga de cuidar da família.

### **A maternidade no rol de assistência pública**

O Ministério da Saúde, publicou no ano de 2007, que os programas materno- infantis fazem alusão a uma visão limitada sobre a mulher nas décadas de 30, 50 e 70, tendo como parâmetro o fato de que não tinha fundamento pautado nas especificidades biológicas com o seu papel de mãe, doméstica e tutora/curadora da família.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se gratuita e universal no sistema público de saúde, o suprimento dos artigos que asseguram a necessidade feminina salientando ainda mais aquilo que deixava a desejar na antiga Lei maior.

O ministério da saúde adverte em uma das suas guias de pesquisa, mais precisamente na biblioteca virtual em saúde, que é necessário existir uma propagação dos serviços implementados pela lógica argumentativa do que foi proposto com a nova Lei:

O SUS vem sendo implementado com base nos princípios e diretrizes contidos na legislação básica: Constituição de 1988, Lei n.º 8.142, Normas Operacionais Básicas (NOB) e Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS), editadas pelo Ministério da Saúde. Particularmente com a implementação da NOB 96, consolida-se o processo de municipalização das ações e serviços em todo o País. A municipalização da gestão do SUS vem se constituindo num espaço privilegiado de reorganização das ações e dos serviços básicos, entre os quais se colocam as ações e os serviços de atenção à saúde da mulher, integrados ao sistema e seguindo suas diretrizes. (BRASIL, 1990)

Sendo assim, é notoriamente proclamada a importância da seguridade feminina nos códigos de assistência à saúde pública. A mulher precisa ser cuidada, protegida, resguardada e atendida todas as vezes quando exigido pela titular do direito. Ademais, tudo aquilo que for de cunho primordial não deve ser tratado com a mera irrelevância do que venha a ser básico.

### **CONDIÇÕES E DURAÇÃO DO TRABALHO FEMININO SEGUNDO A LEI**

Com o passar dos anos, as mulheres continuam conquistando cada vez mais espaço no mercado de trabalho. Isso não significa que as mesmas possuem seu devido espaço, ou ainda,

que se igualam ao sexo masculino quando equiparadas a comparações entre os determinados gêneros, mas, que por ter sido tão menosprezadas em todas as últimas gerações, nesta feita elas estão criando seu próprio destaque.

A maternidade desafia as mães quando é urgente decidir entre vida profissional e pessoal, e cria um caos interno na hora de equilibrar isso. Existem dados alarmantes de muitas mulheres que se abstêm daquilo que construiu profissionalmente, para se dedicar ao eixo materno assim que o mesmo acontece. Uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) apontou que quase a metade das funcionárias que são afastadas no período da licença maternidade, acabam saindo do mercado de trabalho nos primeiros 24 meses de vida do bebê, e que a situação pode perdurar até 47 meses depois.

## **As condições**

A partir do artigo 372 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), existe um regulamento expresso para a proteção especial instituída para a mulher, com o objetivo de não colidir com os preceitos aplicáveis de igual forma para o trabalho masculino. Essas medidas de proteção não podem de forma alguma serem vencidas pela discriminação e anseio de igualdade literal de um homem e uma mulher no ambiente de trabalho, por isso as condições devem apresentar privilégios, quando analisadas sob comparação, a quem de fato de o direito de cada um deles.

Uma das condições de trabalho que visa retificar as distorções que penalizam o acesso da mulher no mercado de trabalho é a detenção de determinadas especificidades impostas em acordos trabalhistas que o tornam vedados, isto é, condições ilegais que não podem ser incorporadas e realizadas.

Exceto quando a atividade assim exigir, é errado fazer publicar ou mesmo publicar, anúncio de emprego havendo nele qualquer referência ao sexo, idade, situação familiar ou cor. Por esse motivo, torna-se impreciso obter tamanhas referências como variável determinantes na formação educacional, profissional, para fins de remuneração ou oportunidades de ascensão profissional.

Em um possível estado de gravidez, seja em razão do sexo, cor, idade ou situação familiar, jamais é lícito ao empregador poder recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa, salvo quando o exercício do emprego seja publicamente incompatível com o notório desacorde trabalhista entre chefe e funcionária.

É ilegal a exigência de atestado ou exame de qualquer natureza, seja no momento de contratar ou no momento de demitir, para a comprovação de esterilidade ou gravidez, entre as partes na relação trabalhista. Como também, é ilícito a adoção de critérios subjetivos na tentativa de impedir o acesso a inscrição em concursos de empresas privadas, ou ainda, a aprovação por motivo de sexo, idade, cor da pele, estabilidade familiar e situação gestacional.

Por fim, o empregador ou preposto é impedido de realizar revistas íntimas nas funcionárias ou empregadas. Vale enfatizar o parágrafo único do artigo 373-A, que não exclui políticas de uniformidade entre os gêneros no ambiente de trabalho, vejamos o texto em lei:



Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (BRASIL, 1943)

Desta forma, fica acentuado o poder de políticas públicas que trabalham com igualdade entre homens e mulheres na tentativa de instituir um ambiente de trabalho mais justo e favorável ao desenvolvimento de uma sociedade ideal e equilibrada. Com isso, qualquer agregação feminina se torna mais confiante e segura daquilo que é seu por direito, e por conseguinte, os resultados vem em forma de êxito profissional para a funcionária e como sucesso nos corolários da empresa.

## **A duração**

A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior, podendo sempre diminuir, mas nunca ultrapassar.

Expresso no artigo 377 da CLT, as medidas de proteção ao trabalho das mulheres devem ser consideradas de ordem públicas, sendo injustificável a redução de salário. Tais medidas são fundamentais para a segurança profissional e habilitação de melhorias em seu processo trabalhista. Ademais, é notório o êxito no progresso ocupacional da funcionária que se sente protegida e valorizada.

Já no artigo 381 da mesma Lei, assegura o aumento de salário para aquelas que efetuam a atividade de forma noturna, quando comparado ao diurno. O adicional noturno é de uma porcentagem mínima de 20% (vinte por cento), e cada hora trabalhada nesse mesmo período (durante a noite) obterá 52 minutos e 30 segundos, ambas as cláusulas provadas em seus parágrafos 1º e 2º.

## **APLICABILIDADE DA LEI N°5.452 – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**

Na seção V da CLT, nos artigos 392 ao 400, faz referência a proteção da maternidade assegurando a empregada direitos e deveres desde a fase pré-natal até o puerpério. Vale mencionar que nem todos esses direitos estavam anteriormente resguardados e aplicados civilmente, seguindo à risca aquilo que a lei impõe.

### **A licença-maternidade**

Suspensão é quando existe um intervalo do contrato de trabalho, ainda com a contabilidade do tempo de serviço como também a presença de remuneração. Nesta feita, o salário é entregue pelo INSS (Instituto Nacional de Seguro Social) ao empregador, por conseguinte, este por sua vez transfere à trabalhadora.

No artigo 392 da CLT assegura 120 (cento e vinte) dias de contagem no processo da

licença-maternidade em seu caput, enquanto que nos seus parágrafos e incisos possuem seguimentos do que deve ser feito pelas partes, e complementos que certificam as regalias da operária, sendo eles:

I) Podendo ocorrer entre o vigésimo oitavo dia antes do parto e a ocorrência deste, a empregada deve notificar o seu empregador mediante atestado médico a data do seu afastamento do trabalho.

II) Mediante atestado médico, a operária poderá ter os períodos de repouso aumentados de duas semanas cada um.

III) Os 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade permanecem nos casos de parto antecipado.

IV) É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo na remuneração, os seguintes direitos: transferência de função quando as condições de trabalho assim exigir, dispensa para a realização de até seis consultas médicas e exames complementares.

## **Os trâmites da licença maternidade nos casos de adoção**

No ano de 2017, foi estabelecida a Lei nº 13.509 que dispõe sobre a adoção e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ambos por aprovação do Código Civil Brasileiro.

Sabe-se que a adoção é um processo legal em que a guarda de uma criança ou adolescente é transferida a uma pessoa ou um casal, exceto os pais biológicos, que ficarão a partir de então encarregados de cuidar, proteger e coabitar afetivamente, ressaltando assim a incumbência com o melhor desenvolvimento e êxito em um novo padrão de responsabilidade civil.

À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do caput art. 392 da CLT em sua alínea A. Desta forma, os trâmites para buscar os direitos da proteção à maternidade começam com a apresentação da guarda judicial em face da empresa e após isso, a ciência do INSS será como retorno que o empregador precisa para, por pouco tempo, ser aquela operária na qual é resguardada com amparo vindo da Lei e não de chefes e empresários.

Outro ponto importante no âmbito das adoções é que a licença maternidade só é ocupada por um dos cônjuges, guardiões ou adotantes, seja ele empregado ou empregada. O cônjuge acompanhante não desfruta deste benefício vinculado à licença, mas usufrui de um direito a 5 dias de faltas justificadas pelo nascimento de filho(a) ou adoção. Nos casos de perfilhamento, por sua vez, a entrada no processo licenciatório é feita com a guarda judicial como documentação para requerer o procedimento.

## **OS DIREITOS DA PUÉRPERA**

Diante de todo o exposto sobre os direitos que uma gestante apresenta, está a necessidade de evidenciar os direitos que a parturiente contém, deixando devidamente assegurado que esse este consentimento recai sobre ela sem prejuízo de emprego ou salário, ocorrendo assim a chamada interrupção.

Além da mulher ter direito aos cinco meses de licença maternidade após o parto, ocorrendo a contagem de tempo de serviço e recebendo a remuneração (ainda que pelo INSS), existem trâmites que devem ser taxados, respeitados e seguidos à risca por todas as partes envolvidas no processo.

No artigo 396 da CLT declara que a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um, sendo o horário escolhido de forma definitiva por acordo entre empregador e empregada.

## **A importância da figura materna no período puerperal**

Em qualquer espécie a presença materna é relevante ao ponto de ser indispensável. Com os seres humanos, podemos perceber a ausência de percepções simples e valiosas que só alguém que teve a progenitora participando ativamente da criação e desenvolvimento do bebê sabe a proporção que quem ou aquilo a tomou. O aleitamento materno é um dos principais influentes na importância da presença feminina assim que o bebê tem as primeiras vivências. Ele tem por objetivo prevenir diversas doenças, promovendo o crescimento e o desenvolvimento infantil.

Além disso, é no período puerperal que carece de uma maior precisão com os cuidados na saúde da mãe, após tantas mudanças internas e externas, que podem alterar saúde física e mental.

## **O que a mulher pode exigir**

- Estabilidade no emprego
- Consultas médicas acompanhadas de exames
- Licença-maternidade
- Direito a amamentação

## **ESTABILIDADE NO EMPREGO**

Durante a segunda metade do século XIX e meados do século XX, aconteceu o que a história chama de intervencionismo jurídico. Com o objetivo de proteger os direitos trabalhistas, essa intervenção aconteceu como instrumento para conceber a propriedade do emprego de cada trabalhador, isto é, após a admissão na empresa só poderia sair da mesma se cometesse falta grave, sendo despedido por justa causa, exceto isto, o empregado deveria permanecer até a inatividade empregatícia.

A estabilidade tende a passar maior segurança e conforto para o trabalhador, de forma que ele possa se planejar como também realizar projetos a longo prazo.

Isso acontece principalmente porque o empregado não tem dúvidas de que, se dentro dos padrões legais ele estiver, não poderá haver uma demissão sem justificativa plausível ou suficiente para tamanho ato. A solidez vinda através da estabilidade também é decisiva para a funcionária gestante, que a partir de então subsistirá na sua carreira profissional, com a pausa

para a maternidade como um direito conquistado e assegurado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como também reafirmado a todos os demais órgãos do rol jurídico, Leis e atos normativos.

João Pedro Ferraz de Almeida, advogado especialista em Direito e Tecnologia da informação, fez a seguinte afirmativa a respeito do assunto:

Em certos casos, a legislação trabalhista nacional prevê, como um dos limites do poder de despedir do empregador, a estabilidade jurídica do empregado. Além das previsões legais, esse direito também pode ser fruto de norma de negociação coletiva, do contrato de trabalho ou do regulamento interno da empresa. A estabilidade do empregado traduz-se no direito em manter o emprego, mesmo contra a vontade do empregador, caso não exista lei em sentido contrário. Assim, se não houver uma causa legal que possibilite a dispensa do empregado, ele manterá o emprego enquanto durar a estabilidade. [...] Outra hipótese de estabilidade muito importante é a gestação. A funcionária grávida não pode ser dispensada, desde a confirmação da gestação até cinco meses após o parto, mesmo nos contratos de prazo determinado. Isso se dá por determinação do art. 10, II, do ADCT. A empregada doméstica, quando grávida, só pode ser dispensada por justa causa, sendo proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A súmula 244, I, do TST ainda prevê que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não afasta eventual indenização decorrente da garantia de emprego. (BRASIL, 2016)

## CONSULTAS MÉDICAS E EXAMES

A Constituição Federal aborda claramente todos os importantíssimos direitos fundamentais de qualquer cidadão, brasileiros ou estrangeiros residentes no país. Em seu artigo 196, a CF expressa que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo assim reduzir riscos de doenças e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços, por meio de políticas sociais e econômicas com o intuito de promover, proteger e recuperar.

Se tratando de proteção a maternidade no ambiente de trabalho, a funcionária tem direito a realização de no mínimo seis consultas médicas e exames complementares. No Decreto nº 5.452, no artigo 392 § 4o e inciso II garante à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

As respectivas consultas precisam ser alinhadas, ou seja, informadas ao empregador. Sendo assim, induz um planejamento da liderança da empresa diante da ausência da trabalhadora em questão, no dia em que esta receber o benefício da liberação do serviço para a realização de exames e/ou consultas.

## LICENÇA-MATERNIDADE

Este direito surgiu no Brasil em 1943, sendo inicialmente um afastamento da empregada por 84 dias, por conseguinte o empregador quem efetuava o pagamento do salário maternidade. Somente em 1973, sob recomendação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que os custos da licença maternidade foram transferidos para os sistemas de previdência social, já a extensão do direito para o prazo de 120 dias só foi conquistada em 1988 com a criação da Constituição Federal.

É chamado de licença-maternidade o decurso de tempo em que uma funcionária gestan-

te ou que tenha adotado uma criança permanece afastada do trabalho. Com este mesmo afastamento das atividades profissionais é que se começa a contar a licença. Em caso de adoção, conta-se a partir do momento em que ocorre a guarda judicial. Vale lembrar, que as empregadas com carteira assinada, autônomas ou facultativas (microempreendedoras individuais), pode ocorrer a contagem da licença maternidade até 28 dias antes do parto (quando genitora) ou o nascimento do bebê (quando adotante).

Faz-se necessário ressaltar, que durante o egresso é garantido por lei um salário maternidade que nada mais é do que um benefício previdenciário destinada a trabalhadora por motivo de nascimento do bebê, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção. O valor é pago pelo empregador para as que obtém carteira de trabalho assinada, ou ainda, pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) para aquelas que colaboram de forma particular e individual. O cálculo do salário maternidade é feito proporcionalmente com o que a cidadã atendia em suas últimas remunerações.

As trabalhadoras com carteira assinada receberão o mesmo valor do seu salário e pela própria empresa. Aquela que porventura sofre alterações no salário, como as vendedoras ou funcionárias de bares e restaurantes, que apanham comissões durante o serviço: ocorre uma média dos últimos seis recebimentos de salário. Essa média calculada por meio das últimas remunerações prolonga para 12 meses, quando a contribuinte individual é facultativa, MEI (microempreendedor individual) e desempregada, situação essa que o INSS irá realizar uma média, analisando dentro de um período máximo de 15 meses, e por fim, dividirá por 12. Para empregada doméstica, o valor será o mesmo de seu último salário de contribuição. A segurada especial (rural) receberá um salário-mínimo. Se ela fizer contribuições facultativas, também será feita uma média com os últimos 12 salários.

Quem pode receber o salário-maternidade são as respectivas adotantes, gestantes ou trabalhadora a qual se encontra em estágio delicado após sofrer um aborto não criminoso.

Existe uma exclusão do cenário feminino como principais beneficiadas no direito ao auxílio maternidade, que é na possibilidade de o pai adotante ou viúvo usufruir do benefício. Isso acontece porque quando um dos cônjuges no relacionamento homoafetivo entre homens é o portador legal da devida guarda judicial da criança adotada, este é que recebe o título do benefício. E no caso de viuvez, há a possibilidade de o homem adquirir o benefício com a morte da segurada (podendo ou não ser esposa) no momento do parto e assim virar automaticamente o responsável pelo usufruto da licença, como também todos os direitos que a mesma estimula ao convívio e vida do pai e do bebê.

## **DIREITO A AMAMENTAÇÃO**

Sendo um direito trabalhista e um dever do estado, o direito a amamentação precisa estar devidamente assegurado em qualquer uma das esferas sociais com destino a toda e qualquer mulher. A ciência demonstra e comprova todos os benefícios advindos da amamentação tanto para o desenvolvimento do bebê como para a saúde física e mental da mãe. Durante a amamentação é possível criar laços com a criança até mesmo com as que se tornaram filhas e filhas por meio adotivo. Com as trabalhadoras não é diferente! As funcionárias que estão em estado puerpério precisam exercer esse direito com autonomia, tanto pela importância natural

que a amamentação traz como também a saúde da criança e o futuro adulto a qual se tornará.

A recomendação dos especialistas de saúde por parte da OMS (organização Mundial da Saúde) para a efetivação do direito da criança e da mãe induzindo ao aleitamento materno, é devido as vantagens que o mesmo proporciona, isto é, ocorre a validação do que o estado garante inclusive no ECA (Estatuto da Criança e do

Adolescente) em seu artigo 9º, em que diz: “O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.” Já no §1º do mesmo artigo expressa que:

“Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua”. (BRASIL, 1943)

Dados publicados pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) em 2021, declarou que cerca de seis milhões de vidas são salvas por causa do aumento das taxas de amamentação até o sexto mês de idade feitas sob exclusividade. Ademais, o aleitamento materno é fonte de proteção para bebês e crianças pequenas de doenças perigosas, sendo o leite materno a primeira ‘vacina’ do bebê.

Poucas pessoas conhecem o que a medicina titula como “hora de ouro”. Esse processo é conhecido como a primeira hora após o parto onde se inicia o melhor começo de amamentação, fortalecendo e desenvolvendo ambas as partes. O site Portal Unit, alimentado periodicamente pelos estudantes da Universidade de

Tiradentes, em um dos trechos da publicação “Aleitamento materno é garantido pela legislação brasileira” evidenciam alguns trechos a serem observados:

Quando o binômio mãe/bebê estiver bem, ele deve ser colocado nu no tórax da mãe e na primeira hora de vida iniciar a amamentação. Isso vai proporcionar o início do vínculo afetivo entre eles, regularizar a glicemia, a frequência cardíaca e respiratória mais rapidamente nesse bebê. As evidências científicas mostram que esse bebê vai mamar por mais tempo e estabelecer a amamentação mais cedo quando comparado com aqueles que não são colocados pele a pele com a mãe ao nascer, argumenta. (BRASIL, 2021)

Mas é nítido que não para por aí. A amamentação é recomendada de forma exclusiva a ter duração mínima de seis meses e manter por mais dois ou três anos equiparados, de forma progressista, a outros alimentos que levam a saúde do bebê. Para o crescimento e evolução infantil, o aleitamento materno pode ser uma estratégia de excelência no combate a doenças, alergias e obesidade infantil. Na vida adulta, apresentam menor chance de desenvolver hipertensão arterial, hipercolesterolemia, diabetes ou asma grave, entre outras comorbidades. Serão ainda, no futuro, adultos mais inteligentes, conseqüentemente com melhor escolaridade e melhor renda familiar.

No âmbito do Direito do Trabalho, a disciplina aborda tudo que a empresa é obrigada a proporcionar, os direitos da empregada, e também, os benefícios que a criança possui. O artigo 389 da CLT obriga as empresas a proporcionar local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação, desde que (como cláusula), trabalharem na instituição pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade.

Ainda previsto na Lei nº 5.452/1943, CLT, o texto do artigo 396 diz o seguinte: Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. Com toda ética profissional, é crucial que a mãe do neonatal esteja em ambiente amplo, sob vigilância do empregador para que a transmita segurança e conforto no ambiente de trabalho, portando-se de todo silêncio caso requerido, ou ainda conforto ao recém-nascido como é de direito fundamental dele. Nos casos de crianças adotadas, não altera em nada nas regalias previstas em Lei. São crianças igualmente protegidas e beneficiadas!

Faz-se necessário ressaltar, que essas empresas precisam ser devidamente fiscalizadas para que ocorra a concretização de que o que é amparado em Lei, está sendo efetivado na teoria, mas também na prática. É indispensável uma inspeção que examine e verifique o controle do que está sendo disponibilizado as funcionárias.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O universo feminino sempre esteve à prova desde a sua existência. É um fato a qual exige uma luta incansável em milhares de anos e isso continua a persistir mesmo após uma globalização efetiva, um extraordinário avanço tecnológico e a imensa propagação do acesso a informação.

Buscar a compreensão dos direitos da mulher e a forma como esta deve ser protegida, ignora a limitação de um pensamento enraizado que faz alusão da figura feminina ao sexo frágil, mais que isso, é entender que se faz necessário fugir da ignorância em que a sociedade padece por falta de conhecimento.

A estabilidade destinada as mulheres que exercem os direitos da puérpera ou ainda que em caso de adoção para ambos os gêneros, como também ao homem que recebe os direitos da companheira na perca desta, deve ser aplicada de forma regular, efetiva e determinada em qualquer ambiente de trabalho.

Esta relação profissional entre funcionária para com pessoa jurídica e/ou empregador obtêm de direitos e deveres, sendo flexíveis ao melhor desenvolvimento e prestação de serviços, sem que ofenda qualquer ato normativo que prejudique para qualquer uma das partes, devendo assim haver respaldo jurídico e segurança para a qualidade da correlação em sua integralidade.

Frisa-se ainda, a aplicabilidade do Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 nomeada como Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT em que seu principal objetivo era regulamentar as relações individuais e coletivas na esfera profissional, unificando toda a legislação trabalhista vigente no Brasil, sendo sancionada pelo Chefe do Poder Executivo à época, o presidente Getúlio Dornelles Vargas.

Por fim, testifica-se a importância do cumprimento a proteção materna assegurada ao autor do direito em questão, para os devidos fins. Vivemos em um país que preconiza a figura feminina em que de forma infeliz e rotineira a mulher é questionada numa entrevista de emprego se a mesma é mãe ou pretende ser. O fardo de ser mulher é um sobrepeso inviável a permanecer existindo, e isso subsiste quando entra em questão o desafio de enfrentar o papel de genetriz.

Todas as empregadas devem ter seus direitos e garantias redarguidos, enquanto se consumir a justiça e o equilíbrio para uma perfeita equidade na uniformização do desenvolvimento nacional com retidão, mais humano, imparcial, passível e eficaz referente à isonomia, legalidade, justo e razoável.

## REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO - ASSCOM, Grupo Tiradentes. Aleitamento materno é garantido pela legislação brasileira. Portal Unit – Universidade Tiradentes, 2021.

BRAMANTE, Adriane. Licença-maternidade: Como funciona? Quanto tempo dura? Quem paga? UOL, 2022. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/guia-de-economia/licenca-maternidade-regras-direitos.htm?cmpid=copiaecola>. Atualizada em 08/02/2022. Acesso em: 29 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. BRASIL.

CAVALCANTI, N. C. S. B.; BAÍA, Deylane Corrêa Pantoja. Ser mãe no mundo do trabalho: notas sobre os desafios da reinserção de mulheres no mercado de trabalho após a experiência de maternidade. 13º Mundo de Mulheres, 11º Fazendo Gênero: transformações, conexões, deslocamentos, 2017.

DE OLIVEIRA, Ana Cristina Belarmino. A proteção à maternidade na reforma trabalhista - análise do artigo 394-a da CLT à luz do princípio da proteção. 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55909/a-proteo-maternidade-na-reforma-trabalhista-anlise-do-artigo-394-a-da-clt-luz-do-principio-da-proteo>. Acesso em: 18 de outubro de 2022.

FIORIN, Pascale Chechi; DE OLIVEIRA, Clarissa Tochetto; DIAS, Ana Cristina Garcia. Percepções de mulheres sobre a relação entre trabalho e maternidade. Revista Brasileira de Orientação Profissional, v. 15, n. 1, 2014.

LIMA, Tullius Marcus Fiuza. O direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos. 2020. 136 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

SINDICATO DOS EMPREGADOS EM INSTITUIÇÕES BENEFICENTES, RELIGIOSAS E FILANTRÓPICAS DE MG – SINTIBREF. Assessoria de Comunicação. Oito direitos trabalhistas das gestantes. Minas, 2022. Disponível em: <https://sintibref-minas.org.br/posts/oito-direitos-trabalhistas-da-gestante>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

UNICEF. Aleitamento materno – 2019. Brasília (DF): Escritório da Representação do UNICEF no Brasil; 24 de janeiro de 2019.





# **Delação premiada frente aos direitos fundamentais em matéria penal e seus limites probatórios**

---

Rogério Luís Serôdio

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO, Pós-graduado em Direito militar pela Escola Paulista de Direito, Graduado em Direito pela FMU, Oficial das forças armadas.*

Cícero Edson Machado

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO, Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado em Governança em TI pela Faculdade UMC. Graduado em Direito pela FMU, Graduado em Sistemas de Informação pelas Faculdades Oswaldo Cruz. Advogado e Analista de Sistemas.*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.11

## RESUMO

Inspirada diretamente nos direitos italiano e estadunidense, os limites probatórios da delação premiada frente aos direitos fundamentais em matéria penal, insere-se numa lógica utilitarista de reforço das técnicas investigativas, juntamente com institutos como a entrega vigiada e o agente encoberto, sendo inserida na legislação pátria e correntemente utilizada nos tribunais com a finalidade de contribuir na aquisição de provas processuais. Nesse estudo, enfrenta-se o estudo fundamental das questões históricas da valoração probatória desse instrumento processual, da sua eticidade frente ao direito material e seus limites probatórios frente aos direitos fundamentais em matéria penal sendo que seu funcionamento do instrumental delacional no Brasil, ademais, é precário e eivado de vícios que o tornam criticável sob qualquer enfoque em que a questão seja abordada.

**Palavras-chave:** delação premiada. direitos fundamentais. limites probatórios. ordenamento jurídico. crime organizado.

## ABSTRACT

Directly inspired by Italian and US law, the evidence limits of plea bargain against fundamental rights in criminal matters, is part of a utilitarian logic of strengthening investigative techniques, together with institutes such as supervised delivery and undercover agent, being inserted in the legislation homeland and currently used in the courts for the purpose of contributing to the acquisition of procedural evidence. In this study, the fundamental study of the historical questions of the evidential valuation of this procedural instrument, of its ethics in relation to substantive law and its evidential limits in relation to fundamental rights in criminal matters is faced, and its functioning of the delational instrument in Brazil, moreover, is precarious and riddled with vices that make it criticized under any approach in which the issue is addressed.

**Keywords:** plea bargain. fundamental rights. evidence limits. legal system. organized crime.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre limites probatórios da delação premiada frente aos direitos fundamentais em matéria penal a delação premiada e seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, sua previsão legal e suas consequências, abordando questões éticas e seus benefícios, discorreremos sobre a sistemática da aplicação da delação premiada, bem como a sua aceitação, processo histórico e previsão legal e sua trajetória com liame dos Direitos Fundamentais, ainda enfatizamos a maneira como a delação premiada está auxiliando no combate à criminalidade dentro do ordenamento jurídico.

A delação premiada e seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro estão facilitando a prévia investigação do crime, sendo apenas uma mera prova indiciária do processo, precisando respaldar-se nas demais provas dos autos, e por isso surgem os conflitos na esfera judicial da delação premiada.

É notório o interesse público por informação delatada, relacionados aos crimes e à vio-

lência. A delação premiada está prevista legalmente na esfera econômica, na lavagem de capitais, no combate ao crime organizado, na lei antitóxicos, entre outros diplomas legais para que seja explorada de maneira exacerbada a investigação, auxiliando assim a justiça com sua presteza para o desfecho do processo em busca da verdade material.

Existe um dogma sobre a delação no cenário jurídico no sentido do delator agir por intermédio de ato voluntário ou espontâneo para que almeje a verdade material, tendo em troca o seu direito subjetivo de conquistar as causas de extinção da punibilidade através do juiz competente ao aplicar a pena ao delator. Assim, o magistrado poderá reconhecer o perdão judicial constituindo-se a delação um instrumento de despenalização, e dessa forma extinguir o nome do réu do rol dos culpados, eventualmente.

De acordo com Nucci (2016):

(...) significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o (s) comparsa (s). É o 'dedurismo' oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. (NUCCI, 2016, p. 755)

O presente trabalho se justifica por ser um tema relevante para o interesse público em relação ao combate às infrações penais e a esfera de preservação da dignidade da pessoa humana, sobre tudo o limite do liame probatório da delação premiada frente aos direitos intrínsecos individuais e sobre tudo o direito coletivo, seja no sentido econômico ou da coletividade, que também demonstra a necessidade da investigação para que ocorram suas garantias individuais.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a aceitação da delação seus limites probatórios e a sua aferição frente aos direitos fundamentais ordenamento jurídico quando da aplicação da mesma pelo magistrado na extinção da punibilidade do réu ou no abatimento da pena no sistema penal brasileiro.

Diante do exposto, o problema de investigação centrou-se em: qual é a aceitação da delação premiada no ordenamento jurídico quando da aplicação da mesma pelo magistrado na extinção da punibilidade do réu ou no abatimento da pena no sistema penal brasileiro, qual a segurança jurídica da proteção aos direitos fundamentais?

A metodologia da pesquisa foi a bibliográfica e pesquisa de campo com membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, com autoridades Policiais da Policia Judiciaria de São Paulo, e Juizes de Direito do Estado de São Paulo, com consulta a livros, monografias online baseando-se em doutrina, jurisprudência, e artigos jurídicos, os quais serão considerados essenciais para uma análise no contexto Direito Penal.

A Delação premiada no seu limite probatório traz à tona o seu garantismo penal, envolvendo o estado de direito e a democracia suas limitações ao poder, sendo que seu garantismo penal da intervenção mínima do direito em defesa social.

## BREVE HISTÓRICO DA DELAÇÃO PREMIADA

Por apreço registrar que o vocábulo *delação*, no sentido literal, é empregado para indicar a denúncia ou acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participaram da conspiração, revelando uma traição aos próprios companheiros. Logo, se alguém que não participou do delito indicar seus autores, não será delator, mas testemunha. Em contrapartida, a delação premiada deixa seu instituto com um aspecto pejorativo por onde passa diante da acepção de traição que contém, e tanto é verdade que a massa carcerária o define como cacoete.

De acordo com Bittar e Pereira (2011, p. 120.):

Apesar de, recentemente, introduzida no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, a delação premiada conta mais ou menos com vinte décadas de existência, e sua forma atual encontra verdadeira origem em época muito mais longínqua, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal e vigoravam as Ordenações Filipinas, ou seja, 11 de janeiro de 1603 é o início da vigência, até 16 de dezembro de 1830, com a sanção do Código Criminal do Império, onde havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação, conspiração ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultasse provados, funcionando a delação como causa de exculpação. (BITTAR E PEREIRA, 2011, p. 120.)

As Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII, vigoraram até o fim do século XIX, vigendo, portanto, à época da Inconfidência Mineira, ocorrida entre 1788 e 1792. O objetivo de tal movimento foi alcançar a independência do Brasil, transformando o Brasil em uma república independente. Como cediço essa tentativa de revolução restou frustrada pelas delações efetuadas por alguns de seus próprios integrantes, destacando-se entre estas a do coronel Joaquim Silvério dos Reis, que, mediante a promessa do perdão de sua vultosa dívida com a Fazenda Real, entregou todos os planos de seus companheiros inconfidentes, culminando no fim do conflito e na execução do alferes Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes, em 21 de abril de 1792.

A delação premiada foi introduzida na Espanha em 1988, por intermédio da Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, que incluiu uma figura premial, Jesus, (2014 p. 250) (remissão parcial ou total da pena, de acordo com as circunstâncias) para os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça” (GARCIA ESPAÑA, 2006, p. 58). Essa alteração normativa surge da influência de dois elementos históricos, onde o primeiro, considerando-se que, na Espanha, o fenômeno terrorista era um problema estrutural com permanência no tempo, e que a legislação penal especial que havia para esta matéria não era válida, pois de vigência temporal, fruto do pensamento que encarava o terrorismo basco como conjuntural, impunha a necessidade de regulamentar a matéria de forma permanente; e o segundo vetor atrelava-se à crescente incorporação, nos principais países da Europa, de figuras premiaias para o terrorismo.

Na Itália, a figura da delação premiada começou a ser adotada à sua prática na década de 1970 na tentativa de combater atos de terrorismo. Entretanto, recebeu maior destaque após uma operação (*operazionemanipulite*) que tentou acabar com os criminosos da máfia. Os indivíduos que utilizaram o instituto da delação premiada no direito italiano ficaram conhecidos como os *pentiti* (MONTANARO E SILVESTRI, 2005, p.17-18.). Desde então o conteúdo da delação premiada passou a ser contemplado no Código Penal Italiano e em outras legislações, tais como, a lei nº 82 de 15 de março de 1991, resultado da conversão do Decreto-Lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991.

Desde que atendidas às exigências legais determinou-se que seria uma penalização menor para os coautores de crime como extorsão mediante sequestro, subversão da ordem democrática e sequestro com finalidade terrorista. (PARANAGUÁ, 2016)

Segundo os ensinamentos de Guidi. (2005, p.17-18).

Os agentes que se demonstrassem arrependidos depois de um crime, sendo este em concurso com organizações criminosas, e se empenhar para diminuir as consequências desse crime, confessando-o ou impedindo o cometimento de crimes conexos, terá o fatos e possíveis autores. (GUIDI. 2005, p.17-18).

Vale ressaltar a figura dos *pentiti*, os famosos arrependidos, benefício de diminuição especial de um terço da penal que for fixada na sentença, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos. O instituto da delação premiada no direito italiano foi adotado pelo dissociado, aquele que confessa a prática dos crimes, se empenha para diminuir as consequências e impede a realização de novos crimes conexos ao fato que conduziu o indivíduo a acatar o acordo de delação premiada, e ainda o colaborador, que além dos atos descritos acima, ajudará no fornecimento de elementos de prova relevante para os esclarecimentos.

O instituto da delação premiada no direito espanhol segundo Bittar (2011, p. 40): inclui uma figura premial (remissão parcial total ou total da pena, de acordo com as circunstâncias) para os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça. Sendo que para aplicação do benefício da delação premiada no ordenamento jurídico espanhol era necessário que o indivíduo confessasse delitos nos quais tivesse participado, que o réu deixasse a organização criminosa e que abandonasse as atividades criminosas na qual fazia parte, e o colaborador na delação precisa ajudar no impedimento de novos delitos ou instruir os agentes da lei.

A delação premiada teria surgido nos Estados Unidos no decorrer da campanha contra a Máfia, a *Cosa Nostra*, e outras organizações criminosas, quando por intermédio de uma transação de natureza penal, firmada pelos procuradores federais e alguns suspeitos de militância criminosa, a estes era prometida a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda organização e seus membros (ARANHA, 2006).

Segundo Gomes (2015):

Foi criado um procedimento peculiar denominado justiça pactada, contratada ou negociada, sendo mais conhecido o modelo de *pleabargaining*, onde uma vez que ocorre o conhecimento da acusação, qualquer seja o crime, para o imputado pede-se a *pleading*, isto é, para se pronunciar sobre a culpabilidade; se declara culpado (*pleadsguilty*) – se confessa – opera-se a *plea*, ou seja, a resposta da defesa, e então, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração o juiz pode fixar a data da sentença (*sentencing*), ocasião em que se aplicará a pena, geralmente reduzida, ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes, em razão do acordo entre as partes, sem necessidade de processo ou veredito (*trial* ou *verdict*), em caso contrário, abre-se ou continua-se o processo e entra em ação o jurado. (GOMES. 2015.)

Dentre as vantagens deste sistema encontra-se a permissão de um pronto julgamento da maioria dos assuntos penais; evitam-se os efeitos negativos que a demora do processo provoca, sobretudo para o imputado preso; facilidade na pronta reabilitação do infrator; com menos recursos humanos e materiais, ou seja, mais economia, são julgados mais casos, com mais eficiência.

De acordo com BITTAR, quando cita Janaina Conceição Paschoal:

[...] enquanto no Brasil, diante da prática de um delito, o promotor está obrigado a propor ação penal, no sistema americano, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime, o promotor pode optar por não mover a ação, sem prestar satisfações à vítima, ao poder judiciário, ou a qualquer outra instância de poder. [11]

Segundo Paschoal (p.115-116.), “o promotor também tem total liberdade para escolher a imputação que será atribuída ao acusado”.

Outra diferença encontra-se no entendimento de que o princípio do devido processo legal é direito ou garantia. Enquanto nos Estados Unidos a partir do momento que o réu confessa um crime, nenhuma outra diligência é adotada com o objetivo de confirmar a sua culpa (PASCHOAL, p.117), no Brasil ela não possui força probatória absoluta, pois para sua aceitação precisará o magistrado por intermédio da sua apreciação, confrontar a delação com as demais provas do processo.

De acordo com Souza (1998, p. 262-263) o sistema do PleaBargaining, pode ser definido como:

O processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo”. (SOUZA, 1998, p. 262-63)

Ante o quadro da segurança pública no Brasil, que há tempos vem se deteriorando a níveis inaceitáveis, buscou o legislador uma forma de diminuir a criminalidade que, implacavelmente e gradativamente, vem adquirindo crescente organização, sofisticação e astúcia. Para tanto o ordenamento jurídico introduziu, por intermédio da Lei nº 8.072/90 e, posteriormente, nas Leis nº 9.034/95, 9.080/95, 9.613/98, 9.807/99 e 10.409/02, o instituto da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio.

## **O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O instituto da delação premiada surge quando um indivíduo está sendo investigado, independente da fase da investigação criminal policial, ou seja, em juízo o delator confessa a autoria do fato ilícito e atribui a um terceiro a participação do ilícito.

No Brasil, a delação premiada foi acolhida pela primeira vez na lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) que atribuiu os benefícios ao delator nos crimes de extorsão mediante sequestro e nos crimes hediondos, por bando ou quadrilha e crimes assemelhados.

### **LEI Nº 8.072/1990**

A lei de crime hediondo foi editada pelo governo Collor, no ano de 1990, como uma tentativa de resposta à violência. Portanto, a sua origem está respaldada na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLII onde foi previsto a seara de crime inafiançável e imprescritível demonstrando para sociedade algo mais rígido onde a tutela penal seria eficaz para tal crime de relevância social, sendo que o racismo, mais tarde, fixou na lei de crimes hediondos e passou a

ser considerado como crime inafiançável e insuscetível ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Sendo assim, a magna carta respaldou tal importância de regulamentar os crimes de maior impacto social. Entretanto, em meio do cenário o Estado com sua tutela jurídica e penal criou a lei nº 8.072, de 1990, com o objetivo de adequar a norma constitucional à norma penal e, automaticamente, acolhendo a ordem jurídica social.

Em meados de 1990 se instalou no Brasil um surto de sequestros, em que a maioria das vítimas era de classes bem favorecida economicamente da sociedade, dentre esses o empresário Abílio Diniz e o publicitário Roberto Medina, o qual ficou no poder dos sequestradores cerca de dezesseis dias. Em meio à atmosfera de insegurança, a sociedade brasileira começou a clamar por leis e penas mais severas, até pena de morte e prisão perpétua, para quem cometesse estes tipos de crimes (ARAGÃO, 2015.).

#### Segundo Santos:

O governo brasileiro vendo a comoção social, para satisfazer as expectativas, a paz social e a pseudo-segurança da sociedade, editou de imediato a Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90, retirando das pessoas processadas ou condenadas, por algum dos dispositivos contidos na Lei, benefícios agregados ao direito penal, direito processual penal e à execução penal, sem analisar as particularidades de cada caso e pessoa. Diante disso podemos perceber que o legislador não tomou nenhum cuidado com o princípio da individualização da pena. Enfim, o cuidado do legislador foi em editar uma Lei para repreender de forma severa os fatos apavorantes que estavam acontecendo naquele momento, no país. (SANTOS, 2003.)

No meio desse raciocínio jurídico onde o Brasil adotou sequelas do movimento tolerância zero, como ocorreu na cidade norte americana de New York, o legislador pátrio esqueceu-se de rever a individualização da pena deixando evidente na legislação positivada o cerceamento da liberdade do indivíduo que cometesse crime tipificado na lei.

Então, a figura da delação premiada na lei nº 8.072/1990 ficou prevista no artigo 7º e 8º da lei de crimes hediondos. O artigo 7º da lei de crimes hediondos referência ao artigo 159 do código penal que ficou acrescido do “§ 4º - Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado terá sua pena reduzida de um a dois terços.” (FRANCO, 2007. p. 20)

O legislador teve como ideia por intermédio da lei nº 9.269, publicada em 2 de abril de 1996, a qual colocou em vigor o artigo 159 do decreto de lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal Brasileiro, onde surgiu a figura da delação premiada de uma forma eficaz onde o acusado poderia confirmar sua autoria quando interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de revelar a autoria do fato criminoso atribuiria a um terceiro tal participação do fato, automaticamente dizendo quem era seu comparsa. O delator não conseguiria atender os benefícios da delação premiada como a redução da pena de um a dois terços se não demonstrasse o liame subjetivo no crime, apontando dados que levasse a eficácia da delação.

Segundo Capez (2016.) :“para a delação eficaz: para a aplicação da delação eficaz são necessários os seguintes pressupostos (a) prática de um crime de extorsão mediante sequestro; (b) cometido em concurso; (c) delação feita por um dos coautores ou partícipes à autoridade; (d) eficácia da delação.”

Para esta eficácia da delação entende-se que, seja necessário que o delator demonstre não simplesmente o conhecimento do crime, como ocorreu ou quem foram os mentores, mas para se apropriar do benefício da delação premiada será necessário que o delator conduza a autoridade policial informações suficientes para impelir a libertação do sequestrado e demonstrar o nexo de causalidade na delação.

É essencial para tal efetivação da delação premiada que se consiga a efetiva libertação da vítima do cativeiro. Porém, vale ressaltar que, a redução da pena não excluirá os gravames do crime hediondo, sendo assim o delator continuará sem o direito de impossibilidade de fiança, de liberdade provisória, de indulto ou anistia, ou de regime fechado, como consta na legislação.

Para o magistrado caberá a verificação das circunstâncias legais, sendo imprescindível para o juiz a redução da pena, no momento que o mesmo constatar a eficácia da denúncia, a relevância e a voluntariedade da delação. O magistrado, então, poderá interpretar a dosimetria da pena analisando o caso concreto considerando a individualização da pena.

De acordo com Franco, o artigo 8º da lei nº 8.072/1990 diz:

Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento terá a pena reduzida de um a dois terços. (FRANCO, 2007. p. 25)

Segundo o artigo 8º da lei nº 8.072/1990, o participante da delação deverá denunciar autoridade, bando ou quadrilha, com o objetivo de auxiliar no seu desmantelamento para reduzir sua pena. Entretanto, o desmantelamento do bando ou quadrilha é requisito obrigatório para a concessão do benefício premial.

Na descrição do tipo penal previsto no artigo 8º a lei não deixa explícito o que seria o desmantelamento do bando ou quadrilha, entretanto segundo Bittar:

Denunciar é no sentido de revelar, a colaboração não é equivalente à prova testemunhal, pois aqui o colaborador possui uma postura muito mais ativa de prestar informações, ao contrário da posição passiva de apenas responder perguntas e, como a própria palavra indica, deve ser efetiva, com o colaborador sempre disposto a ajudar nos esclarecimento dos fatos. (BITTAR, 2011. p. 90.)

Vale ressaltar que o delator precisará agir de forma espontânea deixando claro que não houve momento algum o fato de coação para que levasse efetiva delação do criminoso do bando ou quadrilha.

A traição benéfica só se aplica à quadrilha ou bando, atual associação criminosa conforme redação da lei nº 12.850/2013. O binômio da traição benéfica é delatar o crime de quadrilha ou bando formado com a finalidade de praticar tortura, terrorismo, tráfico de drogas ou crime hediondo; delação da existência do bando à existência formulada por um dos seus coautores ou partícipes a eficácia da delação. (CAPEZ, 2016. p. 259.)

Sendo assim, só alcançará a eficácia da delação para almejar a diminuição da pena



quando conseguir o desmantelamento do bando, demonstrando para o magistrado que houve nexos causal entre a delação e o desmantelamento do bando ou quadrilha (associação criminosa).

## **A delação premiada no crime organizado**

A lei nº 12.850/2013 revogou a lei nº 9.034/1995 que tinha como previsão no artigo 6º:

Art. 6º - Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. (MENDRONI, 2015)

A legislação previa a figura do delator como recompensa proporcionando a dosimetria da pena se um dos indivíduos pertencer à associação criminosa. A lei nº 9.034/95 não esclarece se é benefício exigido para a obtenção do benefício e do cometimento de infrações penais, ou se estariam incluídas as contravenções penais.

Na lei nº 12.850/2013, artigo 1º, parágrafo primeiro, define-se o que é organização criminosa:

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. (MENDRONI, 2015. p. 45)

Na seção Primeira da lei nº 12.850/2013 vem a previsão da colaboração premiada, descrevendo no artigo 4º sua previsão:

Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º - Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do

colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º - Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º - O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º - Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º - Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º - O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º - Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º - O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º - Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10º - As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11º - A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12º - Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13º - Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14º - Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15º - Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16º - Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. (MENDRONI, 2015. p. 50)

No artigo 4º da lei de crime organizado descreve alguns requisitos essenciais para que o agente delator consiga almejar os benefícios da delação premiada, sendo que o delator que trair seu grupo demonstrando os ilícitos penais que sua organização realizou mostrando para as autoridades competentes os autores e partícipes.

Se o defensor do delator conseguir demonstrar os requisitos essenciais descritos nos parágrafos do artigo 4º da Lei:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. O defensor do delator poderá demonstrar que o seu cliente atingiu os liames jurídicos necessários para tal benefício.

§ 2º - Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (MENDRONI, 2015. p. 45)

Ferrajoli, (2014. p. 50) explica:

O momento da colaboração pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal, até mesmo após o trânsito em julgado, pois a lei não estabeleceu qualquer limite temporal para o benefício. Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. (FERRAJOLI, 2014. p. 50)

O benefício redução será de até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos de acordo com a maior ou menor contribuição causal para o estabelecimento das infrações penais. A redução penal será proporcional à delação realizada pelo agente beneficiado.

## O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E SUA ETICIDADE

Há muitas polêmicas acerca da eticidade do instituto da delação premiada, disposto que, favorecido pelo Estado, o acusado é incitado a suscitar seus parceiros, e além do mais se beneficiar da sua própria sordidez, porque mais do que praticar o crime, também desfruta do episódio de denunciar seus camaradas à justiça.

De acordo com Moreira (2003, p. 25-29), “o instituto da delação premiada incentiva a desonestidade afastando a ordem jurídica da retidão”.

Com o mesmo pensamento está Franco (2007) esclarecendo que carece à delação premiada uma justificativa brevemente ética, porque ao ser examinada somente pelo motivo de sua utilidade, pode expor todo o sistema legal, o qual é construído com base na dignidade da pessoa humana.

Por essa ocasião, Gomes (1997. p. 320) ampara ser um engano dispor na legislação doutrinas que dispositivos que outorgam recompensas a um traidor, pois desta maneira se divulga uma estrutura de um Direito como instrumento de antivalores, em que o fim acaba legitima os meios.

Ferrajoli (2014, p. 47) assegura que a execução da delação premiada ocasiona:

“[...] inevitavelmente [n]a corrupção da jurisdição, na contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e na conseqüente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário”.

Em contrapartida, Azevedo (1999 p. 6,) aprecia que: “o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”.

Monte (2001. p. 234-248.) Corrobora que:

“Com a delação o criminoso rompe com os elos da cumplicidade e com os vínculos do solidarismo espúrio, sendo a sua conduta menos reprovável socialmente, por isso merecedor do benefício do perdão judicial ou da redução de sua pena”.

Alves (2003. p. 446-64) cita que, depois dos julgamentos hostis manifestados contra o instituto: “[...] resta a realidade demarcada por um conjunto de normas ‘vigentes’ que objetivam emprestar maior vigor ao processo penal, ante a açodada desordem que acomete a sociedade, desacreditada que está das soluções judiciárias até então ocorridas sob forte inflação legislativa”.

Sendo assim, nota-se que a maior parte dos doutrinadores reconhece que o instituto da delação premiada causa a inexistência de ética, pois ao estimular um réu a denunciar seus parceiros, a justiça incita a deslealdade. No entanto, a sociedade avalia com rejeição moral a concordância de uma deslealdade, concebida como uma lacuna de índole e, por conseguinte, não seria merecedora de recompensa e, não é complacente para a sociedade, compreender a concessão de favorecimento a alguém que, para mais de ter realizado uma violação da lei, além disso, foi desleal com seus parceiros.

Apesar de todas as opiniões contrárias conclui-se que, a delação premiada possui em

sua ideia central o intento de propiciar ao delinquente de adotar sua culpa e auxiliar na contenda à criminalidade.

Casali (2006) “entende que a delação premiada, ao invés de ser uma traição, é uma expressão de probidade ao bem-comum e aos direitos com considerável importância ética”.

Diante do exposto, notou-se que, alguns doutrinadores corroboram que o instituto da delação premiada possui escassa praticidade, pois depois da declaração, o delator é considerado culpado. Vale ressaltar que, a delação em troca da redução de pena não é incentivo o bastante para o delator, porque o mesmo será visto como alvo de vingança por seus parceiros. Portanto, a delação premiada altera a posição do delator, que de réu se transforma em um herói, mas que na verdade está sendo somente um traidor.

Porém, não se pode contradizer que a criminalidade aumenta e, conseqüentemente, a insegurança da população, mas é necessário que o Estado auxilie a reduzir a violência, por esse motivo é aconselhável conceber o instituto de delação premiada como uma benfeitoria para a sociedade.

Convém ressaltar que, a delação premiada tem o propósito de reduzir os prejuízos conseqüentes da experiência delituosa para a sociedade, e desde que alguns crimes ocasionam danos maiores à sociedade, do que o sentimento antiético que a delação premiada pode proporcionar à pessoa, compreender-se-á pelo emprego do instituto.

Entretanto, é importante enfatizar que precisa acontecer uma verificação judicial rigorosa para utilizar este instituto, para prevenir qualquer coação quanto à intenção do colaborador. Por outro aspecto, é essencial uma vigorosa cautela no acolhimento da delação, fundamentalmente porque o legislador brasileiro não criminalizou a simulada contribuição como estabeleceu o italiano. (KOBREN, 2006)

Portanto, a delação premiada é de incontestável influência na inquirição da criminalidade, apreciando os exemplos que a mesma tem mostrado nos dias atuais, sempre com a possível fiscalização judicial prevenindo-se para que não aconteçam descomedimentos pelos agentes do Estado em sua aplicação costumeira. (KOBREN, 2006)

## **LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL**

O Ato da realização da colaboração premiada, o agente interessado de praticar o ato de colaboração jurídica sendo que somente o ato de depoimento do ato do colaborador não será válido, respeitando seu tramite legal dentro das respectivas normas. Porém após esse certame jurídico a autoridade competente poderá dizer se ira couber ou não, mesmo sendo que a esse sistema probatório será descartado tendo em vista, que a delação premiada não foi aceita. Entretanto podemos dizer que o liame do raciocínio jurídico nas causas de negociação, as autoridades públicas, mesmo que não tenha aceitado a delação premiada ele de maneira indireta saberá a verdade relatada, de forma indireta uma pressão ao colaborador, neste momento trazendo em ameaça ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A imposição de limite ao Poder Estatal, é uma técnica desenvolvida aplicada na teoria do Garantismo, advinda da conspiração filosófica iluminista e do uso do Direito, como uma forma não só de se controlar o excesso hipotético ou não cometido pelo estado.

Através da constituição brasileira, que se estabelece o ponto central do ordenamento jurídico e da expressão máxima da vontade popular, pois é através desta a delimitada previsibilidade razoável do direito e dos rumos permitidos por toda a coletividade para supremacia do Estado de Direito, o direito fundamental de igualdade, por exemplo, é, sem dúvida, um elemento formador da Democracia no Estado Democrático de Direito, para que, através da sua concepção, poderá entender como indicativo medular do objetivo, e das limitações impostas pelo Estado democrático de Direito por uma simples razão: dá condição indispensável do direito, a igualdade do direito, sem que a lei seja capaz de cercear esse mesmo fundamento, nem sob o argumento falacioso da maioria sendo que serão atribuídos a todos os cidadãos são, portanto, fundamentais e, em assim sendo, impossíveis de serem discriminados.

O Brasil com a sua democracia é analisada na perspectiva garantista, que utiliza a argumentação da maioria, como uma forma de legitimação que acarretara uma mudança de uma nova ordem sabendo que a mesma carece de base jurídica, e é preenchida muitas vezes, com a perversidade da força do estado.

Sendo que o caminho para a verdade processual dentro de um sistema penal garantista, irá buscar a verdade dentro de um processo que é sem dúvida, uma questão crucial na temática da delação premiada, que será obviamente uma palavra do delator que deverá ser investigada no cotejo das demais provas produzidas, a verdade que no processo e a sua busca como um dogma conhecemos é nas palavras uma verdade formal, imposta por regras precisas e permeada por fato ou circunstâncias penalmente relevantes, dentro de um processo de uma fase positivista.

Portanto reside o seu problema justamente, que toda evidencia trata-se de uma pretensão em perfeita correspondência a previsão legal dos fatos concretos e da prova produzida e conhecida nos autos, mas que, em verdade, se aquele ator jurídico saísse da sua própria ilha. Sendo que a doutrina brasileira insiste em crer que o processo penal é balizado na verdade material, sem que se tenha em conta que a forma com é conduzida de fato, não irá corresponder a verdade, sendo que a verdade processual aliada a nossas garantias processuais (acusação, prova e defesa) que em seu conjunto, que irão se apresenta tanto em quanto em outro sistema.

A figura do juiz de direito se encarrega na figura de acusar e julgar, mantendo uma posição de superioridade, e por lógico, de desigualdade, perante o acusado sendo o procedimento secreto, e escrito e obviamente sem o contraditório, sendo que sua motivação do juiz no sistema é mais evidente na medida em que ele em relação a gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, conduz o processo de forma personalista, em regra no sistema acusatório a passividade se impõe no perfil do juiz, separado do acusador e da defesa, passando assim a largo em tese de uma impulsividade do cortejo de toda a persecução criminal, seja dos indícios suscitados na fase policial investigatória, ou ainda naquela prova submetida obrigatoriamente ao crivo de contraditório da ampla defesa, do devido processo legal, e do devido processo legal, entre outros princípios processuais não menos importante, deverá ser sempre a mola mestra da aplicação da sanção com a admissão primeira da prevalência das garantias.

Sendo que o discurso da verdade do modelo garantista e a sua incessante busca nos meandros do processo deverá ser sempre antecedida de uma análise para constatação se efetivamente as partes estão no mesmo plano da igualdade.

A delação premiada, por exemplo irá cumprir o papel determinante ao desvelar a face monstruosa deste processo cada vez mais antigarantista e eficiente vez que através do prêmio a supressão e desinteresse a atos processuais importantes, da produção da prova em contraditório e do cambio de sua matriz eminentemente acusatória para a inquisitória, arbitrária do juiz justiceiro, dentro do liame dos princípios que irão infligir os limites probatórios éticos da delação premiada atingindo a dignidade da pessoa humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Novos meios estão sendo utilizados na procura da verdade criminal, observando às exigências da sociedade quanto à delação premiada e à sua eticidade, sendo que ao mesmo tempo manifesta-se como um estímulo legítimo à traição.

Porém, é imprescindível uma ponderada avaliação das singularidades do instituto da delação premiada, para que não ocorra descomedimento de seu uso. Então, o Poder Judiciário precisa outorgar aplicação estável ao instituto.

O instituto da delação premiada proporciona algumas vantagens para o delator, seja pela redução de pena, regime penitenciário mais brando ou, ainda, a anulação da punibilidade por intermédio do perdão judicial. Sendo assim, o instituto ajuda no esclarecimento e punição de crimes eventuais ou organizados.

Diante do exposto nesta pesquisa constatou-se que, existem divergências entre os doutrinadores a respeito da delação premiada, porque os que são contra, afirmam que o instituto é antiético e imoral, incentivando à traição. Contudo, alguns doutrinadores são favoráveis, acreditando que o instituto é eficiente no combate ao crime organizado.

Sendo assim, notou-se que o instituto da delação premiada não é imoral, porque está inserido no contexto de proteção da sociedade e na redução dos prejuízos proporcionados pelo crime. Muito menos a delação premiada pode ser configurada como antiética, porque no ambiente do crime, não é oportuno se falar em ética, pois os valores morais precisam ser argumentados em defesa da sociedade e não para assegurar a impunidade de criminosos que, até mesmo, matam seus próprios comparsas para que os mesmos não os entreguem às autoridades.

Alguns doutrinadores acreditam que a melhor forma de garantir a segurança do delator e maior eficácia do instituto, seria conceder o perdão judicial. Isto porque acreditam que apenas a diminuição da pena não seria atrativo suficiente, pois o delator teria de cumprir o restante da pena no mesmo presídio que seus antigos comparsas.

Vale ressaltar que discordamos da possibilidade do perdão judicial ao delator: quando muito poderia cumprir sua pena em regime semiaberto.

Em virtude dos casos de delação premiada estarem sendo divulgados na imprensa, ligados à corrupção no Poder Público ocorreu um aumento significativo na utilização do instituto.

Mas, é evidente que o instituto necessita de maior regulamentação, pois as leis que regem a delação premiada não são homogêneas, circunstância que acaba gerando certa insegurança na aplicabilidade do instituto.

A delação premiada acaba sendo o prêmio que passa a ser parte do discurso do Estado ineficiente na busca das provas (Polícia e Judiciário) que se entrega ao atalho do caminho fácil da decisão penal condenatória ausente de contraditório que cerceia a defesa e o devido processo legal.

Sendo que o direito Penal e o processo Penal se tornam o neoliberalismo justamente porque através do controle social e de sua mão de ferro penalizante, alcançou seu objetivo de combater as ideias tão prejudiciais aos ideais do mercado, justificando a mitigação dos valores constitucionais, e via de consequência a diminuição do estado frente aos fatos probatórios do sistema de barganha processual.

O liame probatório entre validade processual, onde o sujeito irá passar a prestar o serviço que antes incumbia ao estado ou seja, nada mais parecido do que se dar o prêmio pela "produtividade" como se fosse, "prêmio" da delação similar ao prêmio pela sua produtividade sendo algo tão comum ao mercado "onde um processo penal sem embargos das garantias não impede a sua efetividade, pelo contrário, o jus puniendi estatal, com respeito ao jogo democrático é calcado em um sistema acusatório, sob a primazia da igualdade das partes, e, que a prestação jurisdicional penal como tradução da única forma racional de intervenção estatal no mundo real da vida, só se promove sem a divisão entre os bons e maus dentro do processo.

Tal qual o caráter utópico defendido que na perspectiva do Direito Penal é a de que o Garantismo e racionalidade encontram-se imbricados na pretensão de construir a legitimidade de um sistema que será punitivo democraticamente sustentado pelos Direitos Fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos prêmios pela cabeça? Um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do co-réu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 809, 2003.

ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da lei e ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7938](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938)>. Acesso em: 30 set. 2015.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. Boletim IBCCrim. São Paulo. n. 83, p. 6, 1999.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – legislação penal especial. 11. ed. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2016.



CASALI, Alípio. A denúncia como ato ético. Estado de Direito. Porto Alegre. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA ESPAÑA, Elisa. El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Comares, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Origem da delação premiada e da justiça consensuada. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-DELAÇÃO-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>>. Acesso em: 27 set. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista. Código penal anotado. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. Jus Navigandi. Teresina, v. 10, n. 987, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado: lei nº 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. Dalla mafia allo stato. I pentiti: analisi e storie. Torino: Ega, 2005.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. Revista da Ajuris. Porto Alegre. v. 82, 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre. n. 19, p. 25-9, 2003.

NUCCI, Guilherme de Sousa. Código penal comentado. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

PARANAGUÁ, Rafael Silva Nogueira. Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-DELAÇÃO-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “pleabargaining” no direito norte-americano. p.115-16.

SANTOS, Simone Moraes dos. A coerção pena no âmbito da lei dos crimes hediondos. Jus Navegandi. Teresina. Ano 8, n. 177, 2003.

SOUZA, José Alberto Sartório de. “PleaBargaining”: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. v. 2, p. 262-63, 1998.



# O aborto legal no código penal de 1940: controle de práticas ou promoção de direitos reprodutivos?

Bárbara Madruga da Cunha

*Doutoranda e Mestra em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação do Prof. Dr. Diego Nunes. Bolsista pela CAPES. Professora de Direito na Faculdade Ielusc. Integrante dos grupos de pesquisa Jus Commune (UFSC) e Studium Iuris (UFMG). Participa do Projeto de Pesquisa intitulado "História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada entre os séculos XIX e XX".*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.12

## RESUMO

Tendo como fonte os comentários ao Código Penal de 1890 e os códigos de ética médica de 1929 e 1931, buscou-se contextualizar a introdução das hipóteses de aborto legal no Código Penal de 1940. A partir de conceitos metodológicos cunhados por Mario Sbriccoli, verificou-se se a previsão das excludentes se deu no intuito de promover novos valores axiológicos ao ordenamento, baseados nos direitos reprodutivos da mulher, ou se apenas positivou práticas realizadas pela comunidade médica e legitimadas pela doutrina jurídica. Feita a análise, conclui-se que o aborto necessário não apenas era reconhecido entre os médicos, como era considerado parte do ordenamento pelos juristas. Nas fontes analisadas, no entanto, não se encontrou qualquer menção à possibilidade de interrupção da gravidez resultante de estupro, o que levou a conclusão de que essa excludente não era autorizada entre os médicos, tampouco reivindicada pelos juristas estudados.

**Palavras-chave:** aborto-legal. direitos reprodutivos. aborto necessário. estupro.

## ABSTRACT

Based on the comments on the 1890's Brazilian Penal Code and the 1929's and 1931's medical ethics codes, we tried to contextualize the introduction of the hypotheses of legal abortion in the 1940's Penal Code. From the methodological concepts coined by Mario Sbriccoli, we verified if these legal exceptions were in order to promote new axiological values to the law, based on the reproductive rights of women, or if the Code only affirmed practices performed by the medical community and legitimized by legal doctrine. After the analysis, we concluded that the abortion to save mother's life was not only recognize among doctors, but was consider part of the legal order by jurists. In the sources analyzed, however, there were no references about the possibility of the interruption of pregnancy if it was the result of a rape, what indicates that this practice was not authorized by doctors, neither claimed by the juridical doctrine.

**Keywords:** legal abortion. reproductive rights. necessary abortion. rape.

## INTRODUÇÃO

É bastante comum os manuais de direito penal, e também os artigos jurídicos, iniciarem suas narrativas introduzindo historicamente o tema a ser trabalhado, através da construção de uma linha cronológica a partir dos marcos legislativos (NUNES, SIROTTI, SONTAG, 2018, p. 25). Nessa perspectiva, o direito penal estaria sempre evoluindo ao lado dos “avanços” sociais, ao reconhecer, por exemplo, que a violência sexual é um delito contra a dignidade da pessoa e não contra honra. Nas explicações dedicadas ao delito de aborto, a introdução histórica não costuma ser diferente. Nesse sentido, atribui-se ao Código Penal de 1940 o reconhecimento de direitos reprodutivos à mulher, de modo a se afirmar que foi a partir desse diploma legal que o aborto passou a ser permitido nos casos de risco à vida materna e de gravidez decorrente de estupro. Esse tipo de abordagem, contudo, costuma reduzir o direito àquilo que estava positivado nos códigos, tendendo a uma interpretação simplista dos mesmos.

De fato, as hipóteses de aborto legal só passaram a ser expressamente previstas no Código Penal de 1940, visto que os códigos anteriores não faziam menções claras nesse sentido. No entanto, afirmar que essas disposições representaram um avanço nos direitos reprodutivos pode ser equivocado, visto que o Código Criminal de 1830, primeiro a criminalizar o aborto, apenas punia o terceiro que, com ou sem consentimento da mulher, realizasse manobras abortivas. Foi somente a partir do Código Penal de República, que o auto aborto passou a ser tipificado, criminalizando a mulher que provocasse abortamento em seu próprio corpo – concepção que foi mantida pelo Código Penal de 1940.

Por outro lado, o Código Penal da República além de expandir o rol de ações típicas previstas em relação ao delito de aborto, reconheceu indiretamente uma hipótese de aborto legal, ao estipular pena ao médico ou parteira que ocasionasse culposamente a morte da gestante:

Art. 302. Si o médico, ou parteira, **praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario**, para salvar a gestante de morte inevitavel, ocasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação (BRASIL, 1890). [grifos nossos]

Assim, no Código Penal de 1890, havia uma menção à figura do aborto necessário, na qual ficava clara a definição de aborto legal, que seria aquele “para salvar a gestante de morte inevitável”, sem que houvesse, no entanto, disposição anterior que determinasse explicitamente a sua licitude, visto que na tipificação do delito de aborto não havia exceções previstas. Essas exceções, como sinalizamos, foram introduzidas explicitamente pelo Código Penal de 1940, na seguinte redação:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Diante dessa aparente inovação do Código Penal de 1940 em relação ao anterior, pretendemos analisar historicamente como seu deu a inclusão dessas duas hipóteses legais de aborto provocado no ordenamento. A exposição de motivos do projeto que deu origem ao código, redigida por Francisco Campos, a partir da revisão do projeto de Alcântara Machado, não foi muito esclarecedora nesse sentido, limitando-se a seguinte explanação:

Mantém o projeto a incriminação do abôrto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o abôrto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender (CAMPOS, 1940, p. 138).

Note-se que as “razões de ordem social e individual” não foram explicitadas pelo autor, de modo que as motivações políticas que levaram a inclusão dessas exceções no referido diploma legal não foram exploradas. Assim, buscaremos compreendê-las a partir da chamada “penalística civil” (SBRICCOLI, 2009), a qual reconhece a centralidade do penal na definição axiológica do ordenamento jurídico. Desse modo, procuraremos verificar se, de fato, a introdução das hipóteses de aborto legal no Código Penal de 1940 se deu no intuito de promover novos

valores ao ordenamento jurídico, no sentido de firmar um compromisso com o reconhecimento dos direitos reprodutivos às mulheres, ou se esse diploma legal buscou regulamentar situações já legitimadas tanto pela comunidade jurídica quanto pela médica.

Com esse objetivo, examinaremos os comentários ao Código Penal de 1890 escritos por João Vieira de Araújo (1902), Oscar Macedo Soares (1910) e Galdino Siqueira (1932), bem como o “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil” de Vicente Piragibe (1931), de modo a aferir se o artigo 302 do Código Penal de 1890 era interpretado de forma a reconhecer a legalidade da prática de aborto nos casos de risco à vida da gestante e se esses juristas se manifestaram pela inclusão da possibilidade de aborto legal em caso de gravidez resultante de estupro.

Ademais, considerando que no final do século XIX houve uma maior aproximação entre o direito e a medicina, através da atuação dos peritos médicos e da inclusão da medicina legal enquanto disciplina obrigatória nos cursos de Direito em 1891 (COELHO, 2010), em seguida analisaremos os códigos de ética médica anteriores ao Código Penal de 1940, os quais não detinham força legal, com o intuito de averiguar se neles havia disposições que autorizavam os médicos a realizarem procedimentos abortivos em casos determinados e se, portanto, se tratavam de práticas regulamentadas por essa classe profissional.

Tendo em vista os objetivos traçados e as fontes a serem trabalhadas, adotaremos metodologicamente a concepção de “penal” de Mario Sbriccoli (2011), de forma a interpretarmos o fenômeno jurídico-criminal a partir da perspectiva de sujeitos múltiplos, para além da perspectiva estritamente legal. Nesse sentido, estudaremos a doutrina jurídica da época e os códigos de ética médica entendendo-os enquanto fontes de direito, capazes de nos revelar as concepções relativas às hipóteses de aborto legal que havia no período – visto que a categoria intitulada por Sbriccoli (2011), “il penale”, é capaz de englobar o “conjunto de práticas, saberes e instituições que condensam as várias facetas desse poder punitivo” (NUNES, 2017, p.128).

## **A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM DISCUSSÃO NOS COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL DE 1890**

Durante a Primeira República, o código comentado era a forma por excelência de se escrever livros que pretendessem produzir conhecimento jurídico em matéria penal (SIROTTI, 2016). Conforme nossa proposta de pesquisa, restringiremos nossa análise aos comentários escritos por três juristas. Tratam-se das obras: “O Código Penal interpretado” (1902) de João Vieira Araújo; “Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil” (1910) de Oscar de Macedo Soares; e “Direito Penal Brasileiro” (1932) de autoria de Galdino Siqueira. Ademais, analisaremos o “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil”, de Vicente Piragibe, publicado em 1931.

João Vieira de Araújo, dentre os autores estudados, foi o único a defender a ausência de punição à mulher que decidisse dar fim à própria gestação<sup>1</sup>, tendo em vista a “correlação

*1 Nesse sentido, em seu projeto de reforma ao Código Penal de 1890, Araújo tipificou o delito da seguinte forma: “Art. 326. Fazer abortar, consentindo a mulher: Pena – de prisão por um a tres annos. I se como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher: Pena – de prisão por dous a quatro annos. II Se a morte resultar por haver empregado meios mais perigosos do que aquelles em que a mulher havia consentido: Pena – de prisão por dous a quatro annos. Art. 327. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto, sem o consentimento da mulher, ou contra a sua vontade: Pena – de prisão por dous a seis annos. Se realizar-se o aborto, o duplo da pena. Paragrapho único. Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher: Pena – a do art. 307” (1893, p. 200). O jurista ainda previa aumento das penas se o sujeito ativo do crime fosse o marido ou profissional sanitário, e sua diminuição, caso o delito tivesse sido cometido para “salvar a honra da mulher, da mãe, da descendente, da filha adoptiva, ou da irmã” (1893, p. 201).*

social, econômica e jurídica do aborto, infanticídio e suicídio” (ARAÚJO, 1902, p.56). Em seus comentários ao artigo 302, no entanto, nada mencionou em relação às expressões “aborto legal” e “aborto necessário”. O jurista, contudo, criticou a existência do dispositivo, o qual segundo ele seria “inútil”, à medida que a hipótese de morte por negligência ou imperícia médica já teria sido prevista no artigo 297, da seguinte forma:

Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regularmentar commetter, ou for causa involuntaria, directa ou indirectamente de um homicidio, será punido com prisão cellular por dous mezes a dous annos (BRASIL, 1890).

De fato, pela redação do artigo 297, a norma prevista pelo artigo 302 parece ser redundante por já estar englobada em uma hipótese anterior – senão fosse as expressões “aborto legal” e “aborto necessário”. Para Galdino Siqueira (1932), entretanto, a norma tampouco seria útil para reconhecer a legalidade do aborto provocado nos casos em que o procedimento fosse necessário para salvar a vida da gestante, visto que essa hipótese estaria englobada no artigo 32 do Código Penal de 1890<sup>2</sup>:

Art. 32. Não serão também criminosos:

§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior; [...]

Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos:

1º Certeza do mal que se propoz evitar;

2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3º Probabilidade da efficacia do que se empregou (BRASIL, 1890).

Desse modo, para o jurista, a legalidade do aborto necessário seria consequência de uma norma geral. Assim, tendo em vista a crítica feita pelos autores, a redação do artigo 302 parecia apenas reforçar a possibilidade de aborto legal para salvar a vida da mulher, de forma a demandar a averiguação da responsabilidade dos profissionais envolvidos no procedimento, em caso de falecimento da gestante.

Macedo Soares (1910), por sua vez, comentou o artigo 302, sem criticá-lo, identificando-o enquanto a previsão de uma hipótese de aborto legal:

No art. 302 trata o Codigo do aborto necessário, ou legal, praticado pelo médico ou parteira para salvar a vida da gestante de morte inevitavel. N'esta figura, não se manifesta o elemento doloso, mas pode apparecer a culpa por impericia ou negligencia, da qual resulte a morte da gestante (SOARES, 1910, p.622)

Já Vicente Piragibe, em seu dicionário, teceu comentários aos artigos 300 e 301, mas nada escreveu sobre a norma prevista no artigo 302. O caso jurisprudencial citado pelo autor, também não envolvia discussões acerca do conceito de aborto legal. No entanto, ao conceituar o delito, o autor estabeleceu duas modalidades de aborto provocado, na qual uma consistiria em um fato criminoso e outra em um recurso obstétrico (PIRAGIBE, 1931, p.10). Por essa classificação, portanto, o recurso obstétrico não consistiria em um crime. As situações nas quais o médico poderia recorrer ao aborto, contudo, não foram exploradas na obra.

*2 Nos referimos à seguinte passagem: “no art. 302 contempla o código, como bem diz JOÃO VIEIRA, uma hypothese inutil, por isso que já é revista de modo geral no art. 297, e, além disso, o com o vício, de não repetir completamente a formula desse artigo, o que poderá occasionar duvidas na pratica. Nem mesmo como reconhecimento da legalidade do aborto no caso visado tem valor a disposição, por isso que o aborto necessario já está comprehendido na disposição do art. 32 § 1º” (SIQUEIRA, 1932).*

Desse modo, com exceção de Vieira de Araújo, o qual não abordou sobre o tema, os demais juristas reconheciam a legalidade do aborto necessário. Enquanto Macedo Soares delimitava a hipótese, entendendo que o procedimento era necessário para “salvar a vida da gestante de morte inevitável” (SOARES, 1910, p. 622), Galdino Siqueira a compreendia de forma mais ampla, a partir de uma norma geral que estipulava a licitude das condutas delituosas praticadas “para evitar mal maior” (BRASIL, 1890). Desta forma, a partir da análise realizada, é possível afirmar que o aborto necessário já era considerado legal durante a vigência do Código Penal de 1890, ainda que o critério da necessidade fosse interpretado de formas distintas.

Nenhuma das obras analisadas, entretanto, fez qualquer referência à possibilidade de interrupção voluntária de gravidez resultante de estupro, indicando que não se tratava de uma problemática amplamente discutida entre os juristas na época. Por outro lado, como vimos, havia no ordenamento jurídico uma norma geral de excludente de tipicidade prevista no art. 32, a qual era bastante aberta, remetendo a um conceito subjetivo, o “mal maior”, o que pode ter possibilitado interpretações diversas em processos penais que envolveram o delito.

## **CONCEPÇÕES MÉDICAS ACERCA DO ABORTO LEGAL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA**

O final do século XIX é marcado pelo estreitamento das fronteiras entre direito e medicina, à medida que o saber jurídico buscava se atualizar segundo os avanços da ciência moderna, dos quais os saberes médicos faziam parte. Nesse movimento, a disciplina de medicina legal ganhou força devido a atuação dos peritos médicos nos processos judiciais, a qual representava a possibilidade de comprovar cientificamente a realização ou não do delito, sanando problemas relativos às provas. Assim, defendia-se que os juristas deveriam ter domínio dos saberes médicos utilizados nos exames periciais, de forma a poder avaliar as conclusões médicas quanto a comprovação do delito. Nesse sentido, escreveu Adelino Filho em artigo intitulado “A medicina legal na Faculdade de Direito do Recife”, na revista acadêmica da referida faculdade, em 1892:

Não se pode taxar de pouco proveitosos este estudo limitado da medicina pelo jurista. A sua missão exige simplesmente capacidade e faculdade de compreender as questões medico-legais, e a percepção da força probante das conclusões a que o prático que é médico, quando age auxiliando a justiça humana (ADELINO FILHO, 1892, p. 84).

Para o autor (ADELINO FILHO, 1892), o jurista precisava compreender os conceitos médicos, de forma a conseguir mensurar a eficácia probatória das conclusões periciais, sem perder de vista os saberes jurídicos. Desse modo, criticava Adelino Filho que no conceito de medicina legal apenas a perspectiva médica era destacada, esquecendo-se que antes mesmo da ascensão dos saberes clínicos, os povos já estipulavam regras para os casos médico-legais (1892, p.86). A preocupação em acompanhar os avanços da medicina se dava, portanto, tendo em vista sua instrumentalidade para a resolução dos casos penais. Nesse sentido, acreditamos que a análise dos códigos de ética médica pode ser pertinente à nossa proposta de pesquisa, tendo em vista que ela poderá revelar sobre a prática médica e sobre a compreensão do critério de “necessidade” pela categoria profissional nos casos de aborto provocado.

O primeiro Código de Moral Ética foi escrito em 1929, após a criação do primeiro Sindicato Médico Brasileiro em 1927, o qual representou o fortalecimento da comunidade médica enquanto categoria profissional (MIRANDA, 2009). Esse regimento autorizava a prática do aborto

necessário pelos doutores nas seguintes condições:

Artigo 70º- Ao médico é terminantemente proibida pela moral e pela lei a interrupção voluntária da gestação, em qualquer de seus períodos; poderá, porém, provocar o aborto ou parto prematuro com um fim terapêutico nos casos de indicação clínica obrigatória.

Artigo 71º- Somente se procedera à interrupção da gestação depois de se ter cumprido os seguintes preceitos: ter coincido com a opinião favorável de outros médicos e especialistas em obstetria; e ter-se obtido o consentimento dos pais da criança (CÓDIGO DE MORAL ÉTICA, 1929).

Assim, segundo o documento, seria ético ao médico provocar um aborto, desde que seus colegas concordassem que o procedimento era necessário frente ao caso concreto e que os pais consentissem com a prática. O critério de “necessidade”, portanto, estava associado às condições fisiológicas da gestante, não havendo qualquer menção à possibilidade de interrupção da gravidez caso essa fosse resultante de estupro.

Já o Código de Deontologia Médica, publicado em 1931, buscava enfatizar na preservação da vida do feto e retirava o consentimento da gestante enquanto condição para realização do procedimento. O critério da necessidade, contudo, parecia ser mais abrangente que aquele estipulado no código anterior, à medida que se referia à “necessidade terapêutica ou profilática”, dispensando a imposição de uma “indicação clínica obrigatória”:

Artigo 68º- Ao médico é terminantemente proibida pela moral e pela lei, a interrupção voluntária da gestação, em qualquer de seus períodos; poderá, porém, provocar o abortamento ou parto prematuro, uma vez verificada, por junta medica, necessidade terapêutica ou profilática.

Artigo 69º- Em caso de distorcia, sempre que possível, será salva a vida do feto, desde que, para isso, não tenha de correr risco a vida da parturiente.

Artigo 70º- O parteiro não praticará o abortamento nem o parto prematuro, terapêuticos ou profiláticos, nem fará intervenção que possa sacrificar a vida do feto, sem autorização necessária ao marido ou aos parentes mais próximos da gestante: pais, filhos, irmãos, etc. (CÓDIGO DE DEONTOLOGIA MÉDICA, 1931).

Tais códigos de ética profissional, apesar de regulamentarem a profissão e expressarem os entendimentos da classe médica sobre questões sociais diversas relacionadas à prática do ofício, não tinham reconhecimento legal, à medida que consistiam em estatutos escritos a partir de conselhos sindicais. O primeiro a ser oficializado juridicamente foi o Código de Ética Médica aprovado no IV Congresso Médico Sindicalista, ocorrido em 1944, através do Decreto-lei 7.955/1945, o qual também criou os Conselhos Federal e Regionais de Medicina – posterior, portanto, ao Código Penal de 1940.

No entanto, em 1932 foi publicado o Decreto n. 20.931, que regulamentava as profissões da área da saúde e levou em consideração algumas disposições do Código de Deontologia Médica de 1931 (MIRANDA, 2009). Esse decreto parece ter sido o primeiro documento legal a prever explicitamente a possibilidade de abortamento necessário, condicionando-a à avaliação de junta médica, nos seguintes termos:

Art. 16 É vedado ao médico:

(...)

f) dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção ou interromper a gestação, só sendo admitida a provocação do aborto e o parto prematuro, uma vez verificada, por junta



médica, sua necessidade terapêutica (BRASIL, 1932).

Assim, é possível afirmar que, antes da vigência do Código Penal de 1940, o aborto necessário já era considerado uma prática autorizada entre a comunidade médica. Ademais, se a interpretação do Código Penal de 1890 poderia gerar alguma dúvida quanto a licitude do abortamento necessário, o Decreto n.20.931/1932 era claro ao legalizar a prática. Desse modo, o Código Penal de 1940 parece ter incorporado uma norma já prevista no ordenamento jurídico, determinando que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante (BRASIL, 1940).

Perceba-se, no entanto, que a norma citada é mais restrita que a anterior. Enquanto que o Decreto n.20.931/1932 vedava o médico de provocar um aborto, salvo quando houvesse necessidade terapêutica, o Código Penal de 1940 restringia a excludente de tipicidade ao médico e apenas quando não houvesse “outro meio de salvar a vida da gestante” (BRASIL, 1940). Por outro lado, conforme vimos, não havia qualquer menção, nos códigos de ética médica anteriores, à possibilidade do médico provocar um aborto no caso da gravidez ter sido resultante de estupro, de modo que essa prática não parecia estar autorizada pela categoria profissional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir, a partir da análise realizada, que o chamado aborto necessário já era considerado uma prática lícita antes da vigência do Código Penal de 1940. Nesse sentido, o artigo 302 do Código Penal de 1890, o qual previa punição ao médico ou parteira que, ao provocar um aborto na mulher com o intuito de salvar sua vida, lhe causasse a morte por imprudência ou negligência – ainda que apenas autorizasse de modo indireto o aborto necessário, era interpretado pelos juristas como uma excludente ao delito. Assim entenderam Vicente Piragibe (1931), Macedo Soares (1910) e Galdino Siqueira (1932).

O critério da necessidade, contudo, era interpretado de formas distintas entre os juristas. Enquanto Macedo Soares o compreendia a partir da redação do artigo 302, de forma que a interrupção voluntária da gravidez só era autorizada para salvar a gestante de morte inevitável, Galdino Siqueira, o interpretava a partir de uma norma geral do Código Penal de 1890, a qual afirmava que quem realizasse um delito para evitar mal maior não seria considerado criminoso. Esse critério, portanto, era mais amplo, à medida que envolvia um juízo subjetivo.

Também é possível afirmar que o aborto necessário era uma prática autorizada entre a comunidade médica. O primeiro Código de Moral Ética da categoria, de 1929, previa a possibilidade de o médico realizar procedimentos abortivos em caso de “indicação clínica obrigatória”, a qual deveria coincidir com o entendimento favorável de outros colegas. Já o Código de Deontologia Médica, de 1931, estipulava que o médico poderia provocar a interrupção da gravidez, caso constatasse necessidade terapêutica ou profilática. Esse regulamento, portanto, era mais permissivo que o anterior, conferindo maior liberdade de decisão ao médico, à medida que retirava a imposição de uma indicação clínica obrigatória e a necessidade de anuência dos colegas para a realização do procedimento.

Talvez por essa razão, o Decreto n. 20.931, ao regulamentar as profissões da área da saúde, tratou da matéria, reforçando que os médicos estavam vedados de realizar práticas com o objetivo de interromper a gestação, salvo quando fosse verificada a necessidade terapêutica do procedimento por uma junta médica. Desse modo, verificou-se que o Código Penal de 1940, ao prever a hipótese legal de aborto necessário, não estava inovando do ponto de vista legal, visto que essa possibilidade já era prevista no ordenamento jurídico. No entanto, a comparação entre o dispositivo do código e a norma escrita no Decreto n. 20.931, torna evidente a alteração do critério de “necessidade”, o qual, a partir de 1940, restringiu-se às situações nas quais o aborto é o único meio para salvar a vida da gestante.

Ademais, antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, qualquer pessoa poderia provocar um abortamento com o fim de salvar a gestante de morte inevitável ou de mal maior, sem incorrer nas penas previstas, tendo em vista os artigos 38 e 302 do Código Penal de 1890. Por essas razões, pode-se concluir que a legislação de 1940, ao prever a legalidade do aborto necessário, buscou regularizar práticas que já eram correntes e autorizadas tanto pela comunidade médica quanto pela jurídica, de modo a restringi-las, visto que limitou o critério da “necessidade”, antes entendido enquanto uma demanda terapêutica, à situação extrema na qual a mulher dependia do procedimento abortivo para sobreviver.

Quanto à previsão do aborto legal em caso de gravidez decorrente de violência sexual nossas fontes não trouxeram elementos que pudessem nos revelar as motivações político-sociais para sua inclusão no Código Penal de 1940. No entanto, a ausência de referências a essa possibilidade nos documentos estudados também deve ser considerada, à medida que se constitui em um indicativo de que a realização de procedimentos abortivos em caso de gestação resultante de estupro, não era uma prática autorizada pela comunidade médica, sequer debatida pela doutrina jurídica. Assim, temos um indício de que ao legalizar o aborto nesse caso em específico, o Código Penal de 1940 buscou estabelecer novos valores axiológicos ao ordenamento penal, reconhecendo um direito às mulheres, que até então não parecia ser legitimado pelos médicos, tampouco reivindicado pelos juristas.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Bruna F. Histórico da Medicina Legal. In.: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. jan/dez 2010, v. 105, p. 355-362. Disponível em: <[www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67905/70513/](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67905/70513/)>. Acesso em: jul./2019.

MIRANDA, Aristóteles. A história dos Códigos de Ética Médica. In.: Pensar e Dizer. Conselho Federal de Medicina, maio-jun. 2009.

NUNES, Diego. Legislação penal e repressão política no Estado Novo (1936-1945): uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal de Segurança Nacional. Acervo: Revista do Arquivo Nacional, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, 2017.

\_\_\_\_\_; SIROTTI, Raquel R.; SONTAG; Ricardo. Para uma história do direito penal e do direito processual penal. In: DE BEM, Leonardo S. Estudos de Direito Público. Belo Horizonte: DPlacido, 2018.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Milano: Giuffrè, 2009.

\_\_\_\_\_. Justiça criminal. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 17/18, 2011, p. 467-486.

SILVA, Marinete dos Santos. Reprodução, sexualidade e poder: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930. História, Ciência, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1241-1254, out-dez, 2012.

SIROTTI, Raquel R. Ciência penal e defesa do estado: as representações da criminalidade política na doutrina penal brasileira da primeira república (1889-1930). Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

ADELINO FILHO. A medicina legal na Faculdade de Recife. In.: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, n.1, v.2, 1892. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2253>> Acesso em: jul./2019.

ARAÚJO, J. V. O Código Penal Interpretado: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. II.

\_\_\_\_\_. Projecto de código penal. Exposição de motivos. In.: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, 1893.

BRASIL. Código de Deontologia Médica (1945). Decreto-lei nº 7.955 de 13 de setembro de 1945. In: Coleção das Leis de 1945, v.5. Atos do Poder Executivo: Decretos-leis de julho a setembro Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1945.

BRASIL. Decreto Nº. 20.931 de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D20931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm)>. Acesso em.: 27 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei Nº. 1.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: maio/2019.

CÓDIGO de Deontologia Médica, aprovado pelo 1º Congresso Médico Sindicalista. In: Boletim do Sindicato Médico Brasileiro, nº 8, agosto de 1931, p. 124-130.

CÓDIGO de Moral Médica. In.: Boletim do Sindicato Médico Brasileiro, nº 8, agosto de 1929, p-114-12

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: < <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> . Acesso em: jul./2019.

PIRAGIBE, Vicente. Dicionario de Jurisprudencia Penal do Brasil: Colletctanea das decisões, em materia crime, do Supremo Tribunal Federal, Côrte de Appellação e Tribunaes dos Estados. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & cia, 1931, v. I.

SIQUEIRA, Galdino. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, v. II.

SOARES, Oscar de Macedo. Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

Capítulo

# 13



## **A adolescência e a violência de acordo com a criminalidade e vulnerabilidade social**

---

Pablo Assis Almeida Fraga

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.13

## RESUMO

O principal objetivo deste estudo é fazer uma compreensão e uma análise das formas que a chegada à adolescência tem contribuído para entrada ao mundo da violência e da criminalidade, fazendo com que as infrações cometidas sejam a consequência da perda de intensidade dos laços em sociedade. Através deste panorama pode-se afirmar que a violência e a criminalidade estão diretamente ligadas a vulnerabilidade social podendo ser unido ao vínculo escolar, religioso e familiar. A reflexão sobre a criminalidade e vulnerabilidade social reitera-se ao uso e ou venda de drogas e a falta de projetos em que o governo se comprometa a auxiliar a estes adolescentes. Este estudo foi escrito através de pesquisas bibliográficas e de documentos oficiais escritos e eletrônicos.

**Palavras-chave:** adolescência. violência. criminalidade. vulnerabilidade social.

## INTRODUÇÃO

A violência e a criminalidade entre adolescentes têm deixado as autoridades, sociedade e governantes muito preocupados pois o nosso país registra diariamente níveis altíssimos de violência, onde os mesmos adolescentes compõem tanto como autor e vítima dos crimes apontados. De acordo com o autor Julio Jacobo Waiselfisz, no artigo **Mapa da Violência 2010- Anatomia dos Homicídios no Brasil**, relata o seguinte indicador de violência:

“O registro de queixas à polícia sobre diversas formas de violência, como ficou evidenciado em nossa pesquisa no Distrito Federal<sup>11</sup>, tem uma notificação extremamente limitada. Nos casos de violência física, só 6,4% dos jovens denunciaram à polícia; nos casos de assalto/furto, só 4%; nos casos de violência no trânsito, só 15%”. (WAISELFISZ, 2010, p 10)

Faremos aqui, neste artigo, uma análise para obter a compreensão dos fatos que favorecem a atividade infracional, dos jovens adolescentes, sobre a visão da vulnerabilidade social e das teorias na área social em que a criminalidade acontece, sendo uma delas analisada mais a fundo: Teoria do Controle Social de Hirschi (1969)

Hirschi (1969) nos apresenta esta teoria onde o mesmo afirma que crimes e delinquências acontecem por problemas encontrados no meio social e nas instituições que o adolescente interage: escola, família, igreja, prejudicando a formação do ser quanto as normas em sociedade.

Hirschi (1969) também nos explica que sua Teoria do Controle Social faz questionamentos antagonistas a maioria das questões sociais e criminais perguntadas pela sociedade e seus pesquisadores. Ao invés questionar o porquê executar crimes e violência, esta teoria questiona o porquê de não executar os mesmos crimes e violência e chega à conclusão de que os crimes são cometidos quando adolescentes criminosos não estão controlados estruturalmente, psicossocialmente, de forma externa ou interna.

Ser adolescente é ter uma série de modificações biológicas, sociais e psicológicas, onde o mesmo não pode ser considerado nem totalmente criança, nem adulto. David Léo Levisky, no texto **Adolescência e violência: consequências da realidade brasileira**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, relata:

“Os jovens são vulneráveis e susceptíveis às influências oriundas do meio social. Buscam fora do núcleo familiar aspectos que desejam incorporar à sua realidade pessoal, ou outros, com os quais necessitam aprender a lidar e que constituem uma parte do seu eu, nem sempre bem integrada à personalidade” (LEVISKY, 2000, p.22).

Nossos adolescentes inserem o modelo de sociedade que enxergam diariamente: uma sociedade violenta onde os direitos não são respeitados, com a parte de saúde, segurança pública, relações sociais e educação em colapso, na sua vida e atitudes cotidianas, tornando-se assim o padrão de conduta que utilizam. Além destes motivos, também há falta de oportunidades, de serviços, que tornam estes jovens vulneráveis socialmente, geralmente os que possuem baixa renda familiar, para entrar no mundo da violência.

Segundo Miriam Abramovay, no texto **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas**. Brasília: UNESCO, BID, 2002, os pontos sociais que aumentam a violência e a criminalidade entre os adolescentes são principalmente: a criminalidade estar sendo cometida cada vez por jovens mais novos em idade; ter um maior acesso a armas; aumento do narcotráfico e do crime organizado com venda de drogas facilitada em praticamente todas as cidades; o consumismo e o poder financeiro menor de compra potencializando a desordem social; a violência cometida por policiais estar em grande evidência e sendo mostrada a sociedade.

Podemos levar em consideração que a relação escola e desigualdade escolar junto a sua infrequência e atraso no aprendizado aumentam a probabilidade de criminalidade social, conforme Julio J. Waiselfisz no texto **Mapa da Violência 2010 – Anatomia dos Homicídios no Brasil**:

“Afinal, parece haver nesse aspecto uma via de mão dupla: se a violência, em suas diversas formas, tem impacto negativo na educação, também é verdade que a educação pode ter impacto positivo no enfrentamento da violência. Uma educação de qualidade para todos tem o poder de desviar da criminalidade crianças e jovens, graças às oportunidades que oferece.” (WASELFSZ, 2010, p. 5).

No texto **Juventude e Violência no Brasil Contemporâneo**. In: **Juventude e Sociedade: trabalho, educação, cultura e participação**, o autor L. E. Soares descreve a perversidade em excluir da sociedade os seres que tem de alguma forma estigmas e preconceitos:

“Uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre ele ou ela um estigma, um preconceito. Quando o fazemos, anulamos a pessoa e só vemos o reflexo de nossa própria intolerância. Tudo aquilo que distingue a pessoa, tornando-a um indivíduo, tudo o que nela é singular desaparece” (SOARES, 2004).

S. Hall também fala sobre esta invisibilidade dos jovens na sociedade em que tentam se inserir, mas que ocorrendo uma mudança na forma de sua visão da segurança social, não é possível a inserção pelo medo gerado em sociedade com a sua identidade:

“Uma vez que a identidade se modifica de acordo com o modo como o sujeito é tratado ou representado, a identificação não é automática, mas pode ser ganha ou perdida. Ela tornou-se politizada. Isso é algumas vezes descrito como a passagem de uma política de identidade (de classe) para uma *política da diferença*” (HALL, 1998).

Por estes e vários outros motivos ocorre uma falta de estima pessoal e de visão para o seu futuro, causando dificuldades em entrar no mercado de trabalho, ocorrendo desemprego, dificuldades financeiras, instabilidade emocional, oferta para que o mesmo busque formas criminosas para seu sustento e de sua família, já que, o sistema ineficiente escolar, a falta de emprego

e de profissionalização eficaz traz como resultado a vulnerabilidade social.

Pelos fatos, que já foram expostos acima, e na obra **Cabeça de Porco** de Athayde, Celso; BILL, Mv; Soares, Luiz Eduardo, da editora Objetiva, as organizações do crime e as gangues diminuem a sensação de desaprovação social e dá a estes adolescentes, integrantes destas organizações, uma visualização nesta sociedade que normalmente não ocorre devido ao grupo que se encontra.

“Um jovem pobre e negro caminhando pelas ruas de uma grande cidade brasileira é um ser socialmente invisível. (...) há muitos modos de ser invisível e várias razões para sê-lo. No caso desse nosso personagem, a invisibilidade decorre principalmente do preconceito e da indiferença. Uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre ele ou ela um estigma, um preconceito. (...) O estigma dissolve a identidade do outro e a substitui pelo retrato estereotipado e a classificação que lhe impomos. Quem está ali não é o Pedro, o Roberto ou a Maria, com suas respectivas idades e histórias de vida, seus defeitos e qualidades, suas emoções e medos, suas ambições e desejos. Quem está ali é o “moleque perigoso” ou a “guria perdida”, cujo comportamento passa a ser previsível. (...) prever o seu comportamento estimula e justifica a adoção de atitudes preventivas. Como aquilo que se prevê é ameaçador, a defesa antecipada será a agressão ou a fuga, também hostil. Quer dizer, o preconceito arma o medo que dispara a violência, preventivamente. (...) os cientistas sociais diriam que este é um caso típico de “profecia que se autocumpre”. (ATHAYDE; BILL; SOARES, 2005, p. 175)

Travis Hirschi (1969), relata também através de sua Teoria que os laços em sociedade com a família, trabalho, clube social, escola, núcleo religioso,... são as marcas que determinam os desvios comportamentais de violência e criminalidade entre os adolescentes vulneráveis socialmente, onde ocorre um declínio destes laços em quatro elementos que são: **afeição**, o fato de ligar-se a outras pessoas criando apreço, admiração e um constrangimento e desapontamento com as opiniões alheias; **compromisso**: o ato de criar comprometimento e identificação com as pessoas do seu círculo social e os valores que as mesmas possuem, onde ocorre a participação destes nos trabalhos de escola, no núcleo religioso, serviço e sociedade em geral e ser envolvido com a violência e criminalidade não traz um custo benefício para os mesmos; **envolvimento**: é o quanto o adolescente está ligado as atividades em sociedade, na escola, nos esportes, no serviço, nas artes e cursos, ditas “normais”, que os colocam longe dos delitos e crimes; **crença**: é quando o ser tem ideais sobre os valores e normas sociais, o tornando obediente no que diz respeito a não quebrar regras e leis da sociedade em que vive; se estes quatro elementos tiverem uma ligação entre si de maneira intensa e proveitosa, menos chances terá de ocorrer a violência e a criminalidade feita por adolescentes na sociedade em que estão inseridos, seja ela escolar, familiar, religiosa, social ou trabalhista.

A autora Livia Schuman, na dissertação **A multidimensionalidade da construção teórica da vulnerabilidade**: análise histórico-conceitual e uma proposta de índice sintético, de 2014, descreve o que significa a vulnerabilidade social para os adolescentes e a sociedade em geral e nos fala também que:

“[...] o termo vulnerabilidade é um conceito multidisciplinar com apropriações em estudos dos mais diversos campos de saber, tais como saúde, ciências naturais, ciências sociais, economia, psicologia e bioética”.(SCHUMAN, 2014, p. 9)

Ainda de acordo com a autora:

“A delimitação conceitual da vulnerabilidade aplicada nesse estudo entende que a vulnerabilidade é um processo dinâmico, multigeracional, histórico, social e econômico operado por assimetrias de poder e acesso a recursos que participam das capacidades humanas. Não se refere a um indivíduo que é vulnerável, mas aos processos em que esse indivi-

duo, família ou comunidade estão inseridos, especialmente àqueles resultantes da inserção social precária em detrimento de processos econômicos, sociais, culturais e políticos excludentes. O gradiente das desigualdades produz grupos de pessoas em condições desiguais de acesso aos direitos fundamentais. Assim, para efeito do presente trabalho, vulnerabilidade não significou um atributo estável ou condição específica de uma pessoa. Ela não reflete fraqueza ou falência individual dos jovens, mas desvelam dimensões do curso da vida marcado por processos de iniquidade social que reduzem as capacidades de respostas adequadas para a promoção da saúde. ” (SCHUMAN, 2014, p. 100)

Os adolescentes constroem seus relacionamentos tanto pessoais quanto sociais pela maneira que veem sua realidade, pelo meio em que vivem, por estereótipos, por situações de raça, classe, gênero, de fatos históricos, de referências das mais diversificadas, etc. (UNESCO, 2004). Por estes fatores, a adolescência está totalmente unificada a formação da sua identidade pessoal através da sua maneira de falar, portar, vestir, agir, pensar, o que demonstra a autoimagem de como a sociedade compartilha a visão do mesmo.

Delane P. Matias na obra *Psicologia em Estudo* de 2006, relata que o autor Szymansky comprova a existência de muitos tipos de vulnerabilidade e problemas sociais relacionados com a violência:

[...] a relação mãe e filho tem aparecido como referência explicativo para o desenvolvimento emocional da criança. A descoberta de que os anos iniciais de vida são cruciais para o desenvolvimento emocional posterior focalizou a família como os lócus como potencialmente produtor de pessoas saudáveis, emocionalmente estáveis, felizes e equilibrados, ou como o núcleo gerador de inseguranças, desequilíbrios e toda a sorte de desvios de comportamento” (SZYMANSKY, 2000, citado por MATIAS, 2006, p. 3).

A vulnerabilidade e a violência têm sido nos últimos anos a maior preocupação da população e da sociedade brasileira e para tentar enfrentar estas situações os governos tem feito ações sociais das mais diversas, o que se comprova através de pesquisas governamentais. Sabemos que a violência tem muitos tipos distintos e pode ser classificada em: psicológica, sexual, física e negligente. Todas elas contribuem para o aumento da criminalidade entre os adolescentes de nossa sociedade e causam marcas e agravos irreversíveis na vida de quem agridem e de quem é agredido.

Toda violência é uma infração aos direitos básicos do ser humano, conforme descreve Westphall e Bydlowski (2010): educação, segurança, alimentação, trabalho, moradia, saúde, proteção e estas infrações tornam os adolescentes totalmente vulneráveis a violência ocorrendo então um enorme impacto na vida totalitária dos mesmos, por este motivo um dos fatores que mais influencia a criminalidade violenta é a insegurança social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema vulnerabilidade social e criminalidade, hoje é um tema muito atual e nos traz discussões e debates sobre as responsabilidades dos adolescentes que estão sendo preparados para a vida adulta em sociedade. A maneira que os mesmos vão se portar socialmente nos demonstra se estão, ou não, preparados para a vivencia social e como farão sua interação com os outros.

Vemos então que a vulnerabilidade em sociedade e a criminalidade, praticada pelos mesmos, podem ser realizadas de muitas formas e na maior parte das vezes são para a sobrevivência social.



Os laços sociais são relatados na Teoria do Controle Social, afim de evitar que adolescentes tenham desvios em seu comportamento em quatro pilares principais, que são; crença, compromisso, ligação e envolvimento, todos de uma maneira ou outra, ligados a relações sociais com a sociedade em geral e os que dela fazem parte.

Pode-se observar que a violência está avançando de maneira rápida e gritante aos adolescentes que estão em maior vulnerabilidade social e indica que, a maioria destes, por não terem um suporte nas principais áreas de vida: saúde, educação, segurança, escolaridade, religiosa, social, tornam-se alvo fácil de ruir psicologicamente e entrar na variante criminal da sociedade, tornando-se vítima desta situação sem que haja uma maneira real de conter a entrada na vulnerabilidade e criminalidade social.

A violência e criminalidade social também está ligada a própria realidade familiar, pois vários problemas dos adolescentes em questão estão diretamente ligados ao meio em que se encontram diariamente em família e nas crises ocorridas neste espaço, onde não aceitam outra voz de autoridade e não ocorre nenhuma interação pessoal ou mesmo punição por problemas de indisciplina cometida dentro e fora do lar. Estes fatos nos mostram a dura e real realidade da nossa sociedade e do que ocorre com os adolescentes que nela entram há anos e que acabam, por muitas vezes, tornando-se adolescentes e adultos com muitos problemas psicológicos e sociais não conseguindo conviver com as regras que a sociedade impõe para uma boa convivência social, mostrando a todos o quanto é falha a muitas vezes cruel a realidade em que estamos inseridos e que não há um suporte eficiente em nenhuma das esferas sociais, seja familiar, escolar, religiosa, protetora, social e de segurança, que deveriam ser um exemplo a todos que nelas se encontram.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam *et al.* Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas. Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- ATHAYDE, Celso; BILL, Mv; SOARES, Luiz Eduardo. Cabeça de Porco. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- HALL, S. A Questão da Identidade Cultural. n. 18, 1998, (Textos Didáticos).
- HIRSCHI, Travis. Causes of Delinquency. Berkeley, CA: University of California Press, 1969.
- LEVISKY, David Léo (org). Adolescência e violência: conseqüências da realidade brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- MATIAS, Delane P. Psicologia em Estudo. Maringá, v. 11, n. 2, p. 295-304, mai./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n2/v11n2a07>>. Acesso em: 25 de março de 2021.
- SCHUMANN, Livia R. M. A. A multidimensionalidade da construção teórica da vulnerabilidade: análise histórico-conceitual e uma proposta de índice sintético. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional). Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17001/1/2014\\_LiviaRejaneMiguelAmaralSchumann.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17001/1/2014_LiviaRejaneMiguelAmaralSchumann.pdf)> Acesso em: .25 de março de 2021.
- SOARES, L. E. Juventude e Violência no Brasil Contemporâneo. In: Juventude e Sociedade: trabalho,

educação, cultura e participação. NOVAES, R ; VANNUCHI, P. (Orgs.). São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2004.

UNESCO. Mapa da Violência de São Paulo. Sumário Executivo. [S.l.: s.n.], 2003.

WAISELFISZ, Julio Jacob. Mapa da Violência 2010 – Anatomia dos Homicídios no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2010.

WESTPHAL, Márcia Faria; BYDLOWSKI, Cynthia Rachid. Violência e juventude. São Paulo: Hucitec, 2010.



# Estupro de vulnerável bilateral

## Rape of bilateral vulnerable

---

Aryel Capistano de Souza

*Discente do 9º Período do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte*

Arthur Braga de Souza

*Docente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.14

## RESUMO

O presente estudo aborda a ocorrência do fenômeno descrito como Estupro de Vulnerável Bilateral e os reflexos jurídicos oriundos da prática dessa conduta, tendo como sujeito ativo no caso em questão adolescentes com idade entre 12 e menos de 14 anos. Para tanto, realizou-se ampla análise nas mais diversas fontes de pesquisa como livros, legislação, jurisprudência e demais artigos disponíveis na comunidade científica, em especial exaustiva análise em obras de Direito Penal que tratam dos crimes de Estupro e Estupro de vulnerável, demonstrando assim a evolução legislativa em torno dos referidos tipos penais e considerando a posição de juristas acerca do tema, além da realização de ampla consulta em obras que abordam o Direito da Infância e do Adolescente, trazendo assim uma grande abordagem do tema, sua evolução histórica e seus conceitos correlatos, com o propósito de discutir a posição do ordenamento jurídico a respeito do tema e possíveis alternativas levantadas por juristas ao tratar do assunto em questão.

**Palavras-chave:** estupro de vulnerável. direito da infância e do adolescente. estupro de vulnerável bilateral. vulnerabilidade.

## ABSTRACT

This study addresses the occurrence of the phenomenon described as Rape of Bilateral Vulnerable and the legal reflexes arising from the practice of this conduct, having as active subject in the case in question adolescents aged between 12 and less than 14 years. To this end, a wide analysis was carried out in the most diverse research such as books, legislation, jurisprudence and other articles in the scientific community, especially exhaustive analysis in works of Criminal Law that deal with the crimes of Rape and Rape of the Vulnerable, thus demonstrating the legislative evolution around the criminal types and considering the position of jurists as the subject, in addition to conducting extensive consultation on works that address the Law of Childhood and Adolescents, thus bringing a great approach to the subject, its historical evolution and its related concepts, with the purpose of discussing the position of the legal system as the subject and possible alternatives raised by jurists when dealing with the subject in question.

**Keywords:** rape of vulnerable. childhood and adolescent law. rape of bilateral rape. vulnerability.

## INTRODUÇÃO

No cenário atual, é inegável o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos. Dessa forma, surgiram no ordenamento jurídico os mais diversos diplomas jurídicos como mecanismos de proteção, sendo a maior referência o Estatuto da Criança e do Adolescente, que como dito anteriormente, traz uma série de direitos fundamentais, cria instituições para zelar por esses direitos, organiza todo o aparato da justiça voltado à criança e ao adolescente, além de conter a devida responsabilização em decorrência da prática de seus atos, o que é denominado ato infracional.

Além do descrito, temos na seara penal diversos dispositivos que visam proteger crianças e adolescentes. Em especial deve-se destacar o crime de Estupro de Vulnerável, tipificado no art. 217-A do Código Penal, que surgiu em um contexto de crescente aumento nos casos de

exploração sexual, proporcionando assim a merecida proteção para aqueles que gozam de uma especial proteção pelo Estado, que para isso atribuiu objetivamente a condição de vulnerável aos menores de 14 anos, criminalizando assim a prática de ato sexual envolvendo esses sujeitos, ainda que ocorra consensualmente.

Ocorre que o precoce amadurecimento e a descoberta da sexualidade enfrentada pelos adolescentes, vai de encontro à referida criminalização da sexualidade e isso ocasiona o surgimento de figuras como o Estupro de Vulnerável Bilateral, onde os praticantes do ato sexual consentidamente são adolescentes com idades entre 12 e menos de 14 anos. Diante da idade estabelecida anteriormente e considerando o ordenamento jurídico vigente, em tese os praticantes de ato sexual estariam cometendo ato infracional análogo ao crime de Estupro de Vulnerável.

Diante do narrado, ao longo de anos verificou-se a ocorrência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais envolvendo a situação descrita, de modo que o legislador pátrio ainda não conseguiu pacificar o tema, o que revela a necessidade de se enfrentar a questão.

Desse modo, o presente artigo visa realizar uma análise sobre o que se trata essa condição de vulnerabilidade imposta por lei, apresentar os crimes de Estupro e Estupro de Vulnerável, tratar da tutela estatal conferida à criança e ao adolescente, abordando assim a sua evolução histórica, o surgimento da Constituição Federal de 1988 e a criação do Estatuto da Criança e do adolescente, além de discorrer a respeito da prática ato infracional para por fim, discutir a respeito do Estupro de Vulnerável Bilateral, expondo a sua conceituação, seus reflexos jurídicos e a posição de juristas e da própria lei a respeito do referente tema.

## VULNERÁVEL

Vulnerável, no sentido da palavra, pode ser entendido como algo ou alguém suscetível de ser atacado, ou ferido (HOUAISS; VILLAR, 2022, p. 778). A vulnerabilidade, estado inerente daquele que é vulnerável, etimologicamente nos remete a dois termos em latim: *vulnerare*, que significa ferir, lesar, prejudicar, e o vocábulo *bilis*, que representa ser suscetível a algo. Assim, depreende-se que a vulnerabilidade representa um estado de ser/estar, onde alguém inserido em determinado contexto poderá apresentar uma significativa fragilidade, que se traduz no real perigo, suscetibilidade ou possibilidade de ocorrência de danos à sua existência individual (CARMO; GUIZARDI, 2017, p. 5).

Guimarães e Novaes, nos dão importante contribuição ao fornecer mais características acerca de quem são as pessoas consideradas vulneráveis, conforme segue:

São pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças estabelecidas entre eles e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade. A desigualdade, entre outras coisas, os torna incapazes ou, pelo menos, dificulta enormemente, a sua capacidade de livremente expressar sua vontade. (GUIMARÃES; NOVAES, 1993, p. 1).

Ainda, de acordo com MARTINELLI (2019, p.12), a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, traz importante definição de vulnerabilidade, compreendida como “estado de pessoas ou grupos, que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”. Conceito este muito relevante dentro do campo penal, pois conforme será explicitado posteriormente, a

posição de vulnerável será conferido para aqueles que, naquela determinada condição, não podem compreender a natureza do ato praticado, tornando seu consenso irrelevante, ou não poderão aquiescer com aquilo que está sendo praticado, de forma que não manifestaram livremente sua própria vontade.

Assim, devido a sua debilidade, aquele sendo vulnerável deve receber uma especial proteção do Estado a fim de que a sua situação de certa “fraqueza” seja compensada, e a sua condição equiparada com os demais sujeitos em sociedade. Para receber a tutela merecida, é imprescindível uma postura ativa do Estado promovendo ações afirmativas nesse quesito.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, identifica-se a vulnerabilidade por meio da inserção destes sujeitos no plano do direito material, observando assim qual grupo é tutelado segundo a norma positivada (NORONHA; FIGUEIREDO, 2008, p.134). Assim, localizando a norma, localiza-se também o vulnerável, como no crime de Estupro de Vulnerável, localizado no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

## ESTUPRO

Crime que inaugura o capítulo I do título VI do Código Penal, denominado dos crimes contra a dignidade sexual, localiza-se no artigo 213 com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar, ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena — reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena — reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

Inicialmente, é necessário ponderar a respeito do que se trata a dignidade sexual, que está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Por dignidade da pessoa humana compreende-se um valor espiritual inato à condição humana, da qual derivam todo o complexo de direitos fundamentais. É assim o mínimo para se assegurar profundo respeito ao ser humano, de modo que nasce para o Estado a obrigação de proteção contra qualquer ato desumano ou degradante.

Já quanto à dignidade sexual, assevera Capez (2022, p. 25) que “está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, para manter íntegra a sua personalidade”. Cumpre ressaltar que não apenas a dignidade sexual da vítima é violada no cometimento do estupro, há também ofensa à liberdade sexual, que está relacionada com a liberdade ligada ao exercício da própria sexualidade e à disposição do próprio corpo, de modo que também merece tutela como bem jurídico distinto, se comparado com a liberdade em sentido geral (MUNÕZ CONDE, 2004, p. 206). Difere-se assim da liberdade geral presente nos crimes do título dos crimes contra a pessoa por possuir finalidade específica, de forma que pode ser considerada bem jurídico autônomo também merecedor

da tutela penal.

## **Conceito e características do crime de estupro**

O crime de estupro, presente no artigo 213 do Código Penal, é definido como o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso. Inicialmente, o termo constrangimento significa forçar alguém a fazer algo, obrigar, tolher a liberdade da vítima para que, a seu dissenso, seja satisfeita a vontade do agente.

É necessário ainda que a falta de consentimento seja séria e sincera, bastando apenas que a vítima manifeste vontade contrária e realize oposição ao ato, de modo que não se exige uma resistência heroica, daquele sujeito que luta até o fim de suas forças (DAMÁSIO, 2020, p. 99). Para realizar o constrangimento, o agente pode valer-se da violência, que no caso em questão trata-se do emprego real de força física, vencendo a própria força da parte contrária ou, optar pelo emprego de grave ameaça que se traduz no ato de intimidar, causar medo e receio na vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência e provocando-lhe um profundo temor que a faça ceder aos desígnios do autor.

Ainda se faz necessário ter em mente o que seria a conjunção carnal, definida como a introdução total ou parcial, do pênis na vagina e o ato libidinoso, que faz alusão aos demais meios de realização do ato sexual, excluindo-se a conjunção carnal. É assim um termo bastante abrangente, relacionado a qualquer atitude de conteúdo sexual tendente à satisfação da lascívia do agente (CAPEZ, 2022, p. 26).

Quanto aos sujeitos ativo e passivo, deve-se considerar que se trata de crime comum, ou seja, aqueles praticados por qualquer pessoa. Assim, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativo ou passivo do crime em questão, de modo que poderá ocorrer estupro envolvendo dois homens, duas mulheres, ou entre pessoas de sexos opostos, inclusive.

O crime do artigo 213 só é punível a título de dolo, porém admite-se a forma tentada. A partir do tipo penal extraem-se as seguintes condutas: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a) ter conjunção carnal, onde a consumação dá-se com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina; b) a praticar ato libidinoso ou c) permitir que com ele se pratique ato libidinoso, onde em ambas as hipóteses a consumação ocorre no momento da efetiva execução do ato libidinoso em questão.

## **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

O crime de Estupro de Vulnerável está presente no artigo 217-A do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena — reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 1940).

Constitui a conduta típica do art. 217-A em simplesmente ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com os vulneráveis definidos pelo legislador. Enquanto qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em tela, como sujeito passivo são considerados vulneráveis do ponto de vista sexual apenas os menores de 14 anos, quem por enfermidade ou doença mental não tem o discernimento necessário para a prática do ato e quem, por qualquer natureza, não pode oferecer resistência.

Após considerações a respeito dos vulneráveis, “pode-se afirmar que há três modalidades de vulnerabilidade: a) *real* (do menor de 14 anos); *equiparada* (do enfermo ou deficiente mental); c) *por interpretação analógica* (quem, por qualquer causa, não pode oferecer resistência)” (BITTENCOURT, 2022, p. 60).

Quanto ao menor de 14 anos, cumpre ressaltar que se o ato sexual for realizado no dia em que se completa os 14 anos, não será mais considerado vulnerável. Haverá crime no caso em questão somente se ocorrer violência ou grave ameaça, hipótese de estupro qualificado (art. 213, § 1º, do CP). Quanto aos portadores de enfermidade ou doença mental, Rogério Greco traz importante definição:

Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido[...]. Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por deficiência mental entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico (GRECO, 2022, p. 171 *apud* GOMES, p. 65).

Importante ponderar que enfermos e deficientes mentais não estão proibidos por lei de praticarem atos sexuais, pois só recebem a tutela penal justamente aqueles que não possuem o discernimento necessário para a prática do ato. Assim, entende-se a vulnerabilidade daqueles que possuem enfermidade ou deficiência mental como relativa, pois é imprescindível uma aferição do caso concreto e a existência de prova pericial apta a constatar a falta de compreensão direcionada à prática de atos sexuais, para a ocorrência do crime em questão (BITTENCOURT, 2022, p. 66).

Quando se trata daqueles que, por qualquer causa, não puderem oferecer resistência, deve-se considerar qualquer pessoa, evidentemente excluindo-se a vulnerabilidade prevista no *caput* e na primeira parte do § 1º. Diferencia-se das demais hipóteses, pois nesse caso a lei não exige uma condição preexistente da vítima em relação à conduta do agente, cuida-se aqui também da incapacidade atual, criada ou não pelo sujeito ativo para facilitar a prática do estupro. Muito embora o emprego de violência, fraude e grave ameaça seja irrelevante para o crime de estupro de vulnerável, caso ocorra como meio de diminuir a resistência da vítima até um ínfimo nível, a conduta típica ainda permanecerá no artigo 217-A. Pois não há necessidade deslocar a conduta para o artigo 213 ainda que os meios mencionados anteriormente sejam elementares do crime de Estupro.



Tutela-se aqui a vítima que foi levada a sua incapacidade absoluta de resistência, pois “a completa incapacidade torna absoluta a vulnerabilidade; a pouca, mas existente, capacidade de resistir faz nascer relativa à vulnerabilidade” (NUCCI, 2022, p. 56) demonstrando a necessidade de exame e valoração conforme o caso concreto, diante da vulnerabilidade relativa.

Por guardar grande objetividade em sua conduta, o crime de estupro de vulnerável é punido na forma dolosa, porém admite-se a forma tentada. Conclui-se que há estupro de vulnerável com o simples ato de praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com os vulneráveis presentes no *caput* e no § 1º do art. 213.

A despeito do consentimento da vítima e da existência de relações sexuais pretéritas, foi introduzido no Código Penal com a lei 13.718/2018 o § 5º do artigo 217-A, para encerrar discussões a respeito da relativização da vulnerabilidade, de forma que é claro a total irrelevância do consentimento da vítima, visando estabelecer a vulnerabilidade real ou absoluta do menor de 14 anos.

Desse modo, não cabe discussão se a vítima permitiu a prática do ato, ou se já praticava relações anteriormente, a mera existência de ato sexual envolvendo sujeito menor de 14 anos já atrai a incidência do tipo penal. Há de se destacar, ainda, que o crime se torna qualificado quando há ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte.

Diferencia-se assim do crime de estupro (art. 213 do CP), pois o crime do artigo 217-A do CP não traz como elementar o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, e ainda que ocorra, a condição de vulnerabilidade da vítima atrai a conduta do agente para o crime de estupro de vulnerável, observando o princípio da especialidade. Há diferença também em relação ao sujeito passivo, enquanto no crime de estupro a vítima pode ser qualquer pessoa, no crime em análise são determinados pelo próprio tipo penal.

## **DA PROTEÇÃO ESTATAL CONFERIDA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

Ao abordar a tutela do Estado em relação à criança e ao adolescente, faz-se imprescindível realizar uma breve análise de sua evolução histórica, tendo em vista que somente existiram diplomas legislativos tendo como objeto a criança e ao adolescente na primeira metade do século XX.

Jadir Cirqueira de Souza, traz maiores contornos ao tratar do assunto:

No Período Colonial, as crianças e os adolescentes não possuíam direitos. Na Verdade, eram meros objetos das práticas religiosas. Depois, receberam a parcial proteção do Estado. Em seguida, constituíram objeto de punição do Estado, por ocasião da prática de crimes e/ou em estado de miserabilidade. Na sequência, foram objeto de políticas públicas meramente assistencialistas e/ou filantrópicas. Finalmente, na fase da Constituição Federal e do ECA receberam tratamento de sujeitos de direitos e deveres (SOUZA, 2008, p. 71).

Assim, percebe-se que o direito da infância e do adolescente no cenário brasileiro possui história recente, considerando que existiram no ordenamento jurídico apenas três diplomas legais: O Código de Menores de 1927, o Código de Menores de 1979 e, por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como veremos a seguir.

## O código de menores de 1927

Instituído em 12 de outubro de 1927 por meio do decreto 17.943-A, surgia o primeiro Código de Menores, também conhecido como Código Mello Matos, já que foi elaborado por José Cândido de Mello Matos, primeiro juiz de menores do Brasil.

Conforme se verifica da simples leitura do art. 1º do referido instituto, constata-se que a referida legislação não tinha como alvo todos os menores indistintamente, pois seriam objeto de assistência e proteção do Estado somente aqueles menores em situação de delinquência ou abandono.

A referida legislação teve como base a doutrina da situação irregular, que em outras palavras, legitimava a atuação do Estado somente quando o menor se encontra em situação irregular definida pelo código como situações de delinquência ou abandono.

Essa doutrina tem como principais características a divisão da categoria infância em criança-adolescente e menores, entendidos como os excluídos da escola, da saúde e da família, a criminalização da pobreza, tendo como consequência as internações e privações de liberdade pelo motivo de carência de recursos materiais e financeiros e, além disso, é fortemente marcada pela ausência de observância aos princípios básicos do direito, inclusive constitucionais (SALIBA, 2006, p. 24).

O Código Mello Matos abrange hipóteses que o menor é considerado abandonado (art. 26) e delinquente (art. 68), o que acaba por conduzi-lo a uma situação de segregação e estigmatização por distingui-lo daqueles que integram uma sociedade tida como regular, onde o menor poderia gozar do seu bem-estar e de uma vida digna.

Cabe ainda destacar o poder que circulava em torno do juiz de menores, que acabava por conferir situação irregular para qualquer criança e adolescente que enfrentasse qualquer situação difícil em vida, gerando assim uma verdadeira situação de exclusão que criminalizava o menor pobre. Nas palavras de Karyna Sposato, a doutrina que serviu como base para a criação do código “não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade” (SPOSATO, 2011, p. 24).

Ainda neste período, houve a importante criação de instituições como o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) em 1941, que “trata-se de um órgão do ministério da justiça que funcionava como um equivalente do sistema penitenciário para a população menor de idade. A orientação do SAM é, antes de tudo, correcional-repressiva” (COSTA, 1992, p.14). Sendo posteriormente substituído, em 1964, por meio da lei 5.413, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), e a nível estadual, as Fundações Estaduais do Bem-Estar do menor (FEBEM) onde ambas demonstraram se tratar de mais um instrumento de controle autoritário em uma tentativa de reduzir ou anular ameaças de qualquer origem, ainda que se trate de questões envolvendo menores (AMIN *et al.*, 2019, p. 54).

Por fim, o Código Mello Matos permaneceu vigente por 52 anos, até ser revogado pela legislação posterior, em 1979.

## O código de menores de 1979

Instituído pela lei número 6.697, em 10 de outubro de 1979, surge o segundo Código de Menores, onde inicialmente cabe destacar que se manteve a doutrina da situação irregular, de modo que a legislação era somente aplicada a uma parte da população menor. Não se percebe grande inovação com a nova legislação, e considerando que foi concebida em pleno regime militar, a questão do menor era tratada como um problema de segurança nacional (ZAPATER, 2019, p. 52).

Muito embora já houvesse um processo de consolidação em relação aos direitos do menor, considerando a existência de diversas legislações internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, o Código de Menores de 1979 trata-se apenas de outra versão do Código Mello Matos, pois se manteve a base. E inclusive, seu art. 2º traz o rol de hipóteses onde o menor será objeto da lei.

A referida legislação permitiu a perpetuação do grave quadro de discriminação que já existia anteriormente, ao dividir o menor em duas situações distintas, tido como regular ou irregular. Não previa também quaisquer direitos às crianças e aos adolescentes, e nem mesmo os reconhecia como sujeito de direitos, mantendo assim apenas a mesma postura assistencialista que dispunha o código anterior, onde permanecia a “institucionalização ao largo de regras processuais ou constitucionais, bem como o aprisionamento de adolescentes com adultos” (SPO-SATO, 2011, p. 68).

## Do advento da CF/88 e a criação do estatuto da criança e do adolescente

Após importante período de redemocratização no Brasil, a Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro marco histórico que assegura estabilidade ao ordenamento jurídico e traz ampla gama de direitos fundamentais. Relacionado à criança e ao adolescente, o legislador não se que-  
deu inerte como outrora, aonde se voltavam os olhos somente àqueles que estavam em situação irregular. De fato, houve mudança realmente significativa no tocante à criança e ao adolescente, onde a carta magna brasileira traz em seu bojo artigo tratando especificamente do tema.

O capítulo VII da Constituição Federal, ao tratar da criança e do adolescente, dispõe:

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

A simples leitura do dispositivo já demonstra grande evolução, pois foi instituído verdadeiro dever, e não mero direito, de modo que a obrigação é partilhada entre a família, a sociedade e o Estado. Cumpre a estes assegurar, garantir aquilo que já é reconhecido claramente como direito, de modo que a sua inobservância fará com que os titulares recorram aos meios cabíveis para fazer valer os preceitos constitucionais e, por fim, foi abandonado o termo “menor” que trazia consigo um grande estigma e adotado as palavras criança e adolescente, mais apropriadas.

É de suma importância destacar que o artigo 227 da CF/88 marca a adoção da Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas e coloca o Brasil em coerência com a

normativa internacional, justamente por garantir à criança e ao adolescente direitos fundamentais como integridade física, desenvolvimento pessoal, moral e psicológico, além de guardá-los contra qualquer forma de violência (CASTRO, MACEDO, 2019, p. 6, *apud* LORENZI, 2016).

Cabe ainda ressaltar a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, mais uma vez demonstrando uma postura ativa do Estado brasileiro. Por todo o exposto, havia um arcabouço propício ao surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da lei número 8.069, de 13 de julho de 1990.

O ECA representa um importante marco na tutela do direito das crianças e adolescentes, pois adotou a Doutrina da proteção integral, que parte do merecido reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, onde devido a sua condição peculiar de pleno desenvolvimento faz-se necessário prover-lhes uma atenção especializada e integral. Está configurado assim o verdadeiro reconhecimento como sujeito de direitos, daqueles que por muito tempo eram apenas objetos de intervenção social e proteção assistencial, e que agora gozam de absoluta prioridade, titulares de inúmeros direitos subjetivos.

Composto por 267 artigos, o Estatuto da Criança e do Adolescente revela-se como um diploma completo, um verdadeiro sistema de garantias que prevê como, por exemplo, desde um complexo de direitos fundamentais, mecanismos de prevenção, políticas de atendimento, crimes e infrações administrativas a garantias processuais e atos infracionais, que serão objeto de estudo no próximo tópico.

## **Do cometimento de ato infracional**

Diante do tema proposto no presente estudo, faz-se imprescindível realizar uma análise do que se trata o ato infracional, porém é necessário primeiramente fazer algumas considerações: inicialmente, deve-se considerar como criança a pessoa de até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos, a teor do art. 2º do ECA, que também admite possibilidade de aplicação do estatuto para as pessoas entre dezoito e vinte e um anos, em situações excepcionais. Além disso, cabe destacar a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, conforme consta no art. 104, *caput* do referido estatuto.

Passando adiante, o ato infracional pode ser definido como a conduta descrita como crime ou contravenção penal a ser praticada pela criança, ou adolescente, observando o art. 103 do ECA. Trata-se assim de “Tipicidade delegada, segundo a qual uma conduta somente poderá ser considerada ato infracional, caso o mesmo comportamento estiver previsto como crime ou contravenção para o adulto” (FREIRE, 2022, p. 110, grifo do autor).

Logo, em observância ao princípio da legalidade, significa dizer que somente haverá ato infracional quando houver conduta típica correspondente no Código Penal ou na Lei de Contravenções Penais, prescindindo da necessidade de se tipificar os atos infracionais no diploma legal em estudo.

Além de prever a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos no *caput* do art. 104, deve-se também observar seu parágrafo único, onde afirma que deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato, de modo que não importa se a apuração do ato infracional se deu depois que este atingiu a maioridade civil ou penal, pois conforme visto anteriormente, mesmo após ultrapassar a maioridade os efeitos do ECA podem ser estendidos até os 21 anos.

Conforme assevera Nucci, quando há prática de ato infracional, nasce para o Estado a pretensão educativa, fundada na ótica da finalística da educação ou reeducação da criança, ou do adolescente, havendo também, em segundo plano, certa finalidade retributiva em relação aos adolescentes (NUCCI, 2021, p. 417).

Quando o ato infracional é praticado por criança, o art. 105 dispõe que somente poderão ser aplicadas as medidas de proteção presentes no art. 101 do ECA. As medidas de proteção podem ser entendidas como medidas aplicadas sempre que os direitos previstos no ECA forem ameaçados ou violados, ainda que isso decorra da conduta de crianças e adolescentes. São assim ferramentas que estão à disposição dos agentes de proteção, em especial conselheiros tutelares e autoridades judiciárias (FREIRE, 2022, p. 90).

Quanto ao adolescente, poderá ser aplicado tanto as medidas socioeducativas presentes no art. 112 quanto qualquer uma das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, onde as medidas socioeducativas, diferentemente das medidas de proteção, apresentam um certo aspecto punitivo, como na hipótese de internação em estabelecimento educacional (art. 112, VI). Porém, nunca se deve esquecer o objetivo de educar ou reeducar, resguardando a formação moral e intelectual do adolescente.

Em breve resumo, conclui-se que tanto a criança quanto o adolescente podem praticar atos infracionais. E por mais que as condutas praticadas sejam crimes ou contravenção penal, há diferença também na sanção aplicada, pois para as crianças haverá imposição de medidas de proteção e para os adolescentes, poderá haver emprego de medidas de proteção ou medidas socioeducativas.

## **DO COMETIMENTO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ENVOLVENDO AGENTE MAIOR DE 18 ANOS**

A existência de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso envolvendo menor de 14 anos, ou qualquer dos vulneráveis por equiparação descritos no parágrafo 1º do artigo 217-A e um agente maior de 18 anos, configura hipótese clara de estupro de vulnerável.

Se de um lado temos um sujeito ativo que já atingiu a maioridade, é capaz e que age com vontade livre e consciente a fim de satisfazer sua lascívia com uma vítima menor de 14 anos, tida como pessoa em pleno desenvolvimento ou alguém que por qualquer motivo apresente condição onde naquela situação demonstre vulnerabilidade, é inegável a prática de conduta típica, autorizando assim a pretensão punitiva estatal, a fim de resguardar os direitos daqueles em situação de fragilidade, que nos contornos da lei deveriam ser intangíveis do ponto de vista sexual.

É notável os grandes danos que podem ser causados à vítima, que poderá sofrer lesões físicas, caso ocorra o emprego de violência, e lesões de ordem psicológica que causarão consequências imensuráveis. Assim, não se pode nem cogitar a atipicidade da conduta ou outra causa que isente o agente de qualquer sanção diante da gravidade do ato na hipótese descrita, de forma que o sujeito ativo se torna sujeito às penas da lei, presentes no artigo 217-A do Código Penal.

Mas questão que merece um olhar diferenciado — e chama a atenção da doutrina especializada e da sociedade — é a da punição quando há o estupro de vulnerável bilateral. Em ou-

tras palavras, qual é o tratamento dispensado quando as duas pessoas que cometem conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso são menores de 14 anos?

## **TRATAMENTO PENAL DIANTE DA OCORRÊNCIA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL**

Primeiramente, faz-se necessário apresentar breve definição do que se trata o estupro de vulnerável bilateral, que pode ser definido como uma situação em que dois adolescentes, com idade superior a 12 e inferior a 14 anos, praticam ato sexual, qual seja, a conjunção carnal ou ato libidinoso. O termo bilateral faz alusão a algo que possui dois lados, onde ambos são afetados. Assim, na hipótese descrita ocorre uma conduta recíproca, onde os envolvidos são menores de 14 anos e estão praticando ato sexual um em relação ao outro, o que se amolda perfeitamente ao fato típico presente no art. 217-A, *caput*, de modo que em tese ambos praticam ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Considerando tal definição, surge uma discussão envolvendo a tipicidade ou atipicidade diante do que foi narrado, o que nos leva a traçar um breve panorama a respeito dos crimes sexuais envolvendo os vulneráveis, pois toda a problemática se funda no modo como era tratada a condição de vulnerabilidade que circunda em torno do adolescente. Deve se considerar, inicialmente, que por muitos anos perdurou em nosso ordenamento jurídico o sistema de presunção de violência, que seria nada mais que uma ficção jurídica onde supostamente haveria a existência de algum constrangimento físico ou psíquico caso o ato sexual fosse praticado com pessoa com idade não maior de 14 anos.

O termo presunção era uma expressão muito polêmica, pois conforme assevera Nucci, “em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até a sentença condenatória definitiva” (NUCCI, 2021, p. 53). O sistema de presunção de violência estava presente no artigo 224 do Código Penal, revogado somente em 2009. Durante esta época, nunca houve uniformização entre doutrina e jurisprudência, de forma que ainda era possível discutir em juízo a vulnerabilidade da vítima de estupro de vulnerável, onde com base no caso concreto, seria possível a não aplicação de qualquer pena ao agente.

Posteriormente houve importante alteração legislativa, havendo o surgimento da lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que tinha como objetivo maior fornecer aos menores de 18 anos maior proteção contra o crescente aumento nos casos de prostituição infantil e abusos sexuais. Destaca-se, com o surgimento da lei, a criação do tipo penal Estupro de Vulnerável, localizado no artigo 217-A e o abandono da expressão presunção de violência, prevalecendo apenas o tipo penal objetivo descrito no referido artigo.

Além disso, destaca-se ainda a edição da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça em 2017, e o surgimento da lei 13.718 de 2018, que insere o parágrafo 5º no artigo 217-A, onde ambos se dedicam a afirmar que realizando a conduta típica haverá sempre estupro de vulnerável, não importando o consentimento da vítima ou a existência de relações sexuais anteriores ao crime.

Por todo o exposto, evidencia-se no ordenamento jurídico pátrio uma postura tendente a fixar a vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos como absoluta, elidindo qualquer

discussão a respeito do tema. A despeito da vulnerabilidade e do consentimento, pondera Capez que o artigo 217-A tem como foco não a capacidade para consentir ou a maturidade sexual da vítima, mas sim a sua situação de fragilidade moral, social, cultural e biológica. Assim, ainda que o menor de 14 anos manifeste consentimento ou tenha compreensão do ato praticado, será ainda considerado vulnerável, tendo em vista a sua condição de menor sujeito à exploração sexual (CAPEZ, 2022, p. 40).

No Código Penal brasileiro adotou-se assim um critério etário fixo para o consentimento sexual, de modo que não cabe nenhuma argumentação contrária quando envolver pessoa menor de 14 anos. Assim, considerando toda a conjuntura normativa brasileira, observa-se que a lei não proporciona ao julgador margem de discricionariedade para aferir no caso concreto a maturidade sexual do menor durante a aplicação da lei (MIRABETE, 2021, p. 466).

Em suma, é possível afirmar que há ocorrência de ato infracional, mesmo que entre dois adolescentes, pois a existência da vulnerabilidade absoluta afasta qualquer análise tendente a considerar as particularidades do caso concreto, tornando a conduta ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, sujeitando dessa forma o adolescente ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Muito embora a redação dos dispositivos legais não deixe dúvida que se fixou entendimento da vulnerabilidade como absoluta, as mudanças legislativas não modificam a realidade e nem põe fim ao surgimento de críticas. Autores Como Guilherme de Souza Nucci ainda apontam a necessidade de se haver cautela ao considerar a relação com menor de 14 anos como crime de estupro de vulnerável, por haver situações realmente distintas, de modo que sustenta o aludido doutrinador a necessidade de se empregar maior razoabilidade quando se trata dos adolescentes possuindo idade entre 12 e menos de 14 anos (NUCCI, 2021, p 55).

Tal afirmação se justifica ao considerarmos as dimensões do Estado brasileiro, que ocupa a maioria do continente sul-americano, onde se nota que no interior do Brasil e principalmente em seus estados menos desenvolvidos ocorre o nascimento precoce da atividade sexual, o que muitas vezes acarreta a formação de famílias que se consolidam e se prolongam no tempo, sem que isso de pronto seja considerado algum abuso sexual.

Ao contextualizar ainda mais o tema, o aludido doutrinador ainda aponta que poderia ser adotada postura mista, onde “a vulnerabilidade deveria ser absoluta, no campo do consentimento sexual, para as crianças, mas relativa quanto aos adolescentes” (NUCCI, 2021, p. 55), o que se revela uma ideia plausível, tendo como prisma a razoabilidade, já que a própria legislação já contém certa distinção de tratamento relacionado à criança e ao adolescente onde por mais que ambos estejam em idades aproximadas, apresentam um estágio de desenvolvimento distinto.

Importante ressaltar que o legislador pátrio perdeu importante oportunidade de equiparar o critério etário presente no artigo 217-A ao que dispõe o ECA, que traz uma clara classificação e é de fato o principal diploma que trata da criança e do adolescente. Analisando o *caput* do art. 217-A nota-se que o texto legal acaba por unir os dois sujeitos em um único grupo, desde que se encontrem abaixo dos 14 anos. Porém, além da idade distintas, o adolescente também é merecedor de tratamento diferenciado no Código Penal, tendo em vista que isso já é feito no ECA ao considerarmos que a partir dos 12 anos são sujeitos a imposição de medidas socioeducativas, o que demonstra que já possuem um maior conhecimento e amadurecimento em relação às

crianças.

Sendo assim, conclui-se que o adolescente é detentor de inúmeros direitos e garantias, porém em um protecionismo justificado, a ele é negado a sua autonomia sexual, o que pode levar a um conflito entre a norma e a realidade, podendo ocasionar na aplicação sanções que não apresentem a esperada relevância jurídico-penal.

Corroborando com o que afirma Nucci, Cezar Roberto Bitencourt também aponta uma necessidade de avaliação casuística. Consoante o que afirma o autor, o legislador agiu dissimuladamente, de modo que conseguiu mascarar a presunção de violência que, mesmo revogada, permanece no ordenamento jurídico veladamente (BITENCOURT, 2021, p. 60).

Sustenta o autor, utilizados os mesmos elementos já contidos no Código Penal, sendo apenas remontados no art. 217-A, como se pode destacar o emprego do mesmo critério etário que já fazia parte do art. 224 do CP. Embora suprimida a previsão expressa da presunção de violência, por todo o exposto verifica-se que está se tornou implícita, onde o caminho mais racional seria realizar uma maior valoração fática conforme o caso concreto. Deixou o legislador contemporâneo de inovar e atualizar a legislação, nos moldes da CF/88 e do que dispõe o ECA.

Ademais, Bitencourt apresenta importante tese, que se funda em estabelecer breve distinção entre presunção absoluta e relativa e entre a vulnerabilidade absoluta e relativa. Conforme o jurista, ao abordar a presunção deve-se considerar a sua natureza, pois a presunção absoluta é aquela que não cabe questionamento acerca da vulnerabilidade, é estabelecida pelo próprio direito, *juris et de jure*. Já a presunção relativa, por outro lado, necessita de exame casuístico para que se comprove a vulnerabilidade, é assim considerada *juris tantum*, admitindo a prova em contrário.

Já quanto à vulnerabilidade, esta seria absoluta ou relativa, mas conforme o autor sua classificação se daria após uma análise de sua intensidade ou extensão ao verificar-se o caso concreto. Assim, apresentando grau elevado a vulnerabilidade seria absoluta, mas caso seja de baixa intensidade, se trataria de vulnerabilidade relativa. Utilizando a conceituação empregada, verifica-se que no caso concreto haveria um duplo juízo de cognição, onde inicialmente se verificaria a natureza da presunção de vulnerabilidade, e posteriormente, uma apuração de sua própria intensidade.

Partindo do pensamento que a própria vulnerabilidade pode se manifestar em níveis distintos em cada pessoa, ainda que em mesma faixa etária, é inegável que é possível constatar na realidade casos em que existe uma presunção absoluta, mas que conforme as circunstâncias poderia haver uma vulnerabilidade relativa. Assim, uma valoração casuística não representaria uma atenuação da proteção dada aos adolescentes, tendo em vista que seria feito um duplo juízo de valor que permite inclusive que seja afastada uma presunção absoluta, mas que não exonera o autor de uma responsabilidade penal, justamente por ser a vulnerabilidade avaliada em um segundo momento, auxiliando assim o julgador a exercer seu papel com a devida razoabilidade e proporcionalidade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, há de se destacar que durante a construção do presente estudo, foi possível entender e reconhecer o processo de evolução pelo qual atravessou o direito de proteção às crianças e aos adolescentes nos diversos dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Houve assim a exposição de uma abordagem histórica que teve como seu ápice o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz consigo inclusive a possibilidade de aplicação de sanção desde que suas condutas praticadas por crianças ou adolescentes se amoldem ao que é previsto como crime ou contravenção penal.

Além disso, foi possível notar tal proteção ao analisar os crimes de Estupro e Estupro de Vulnerável, condutas reprováveis e de severa gravidade que violam fortemente valores supremos do ser humano, como a sua dignidade e autodeterminação. Nesse ponto a lei 12.015/09 trouxe importante mudança, já que estabeleceu o crime de Estupro de Vulnerável e firmou a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos, abandonando de vez o sistema de presunção de violência anteriormente existente.

Porém, verificou-se a permanência de situações controversas onde ainda se discutia a referida vulnerabilidade, com vistas a elidir qualquer aplicação de penalidade. O que originou a edição da súmula 593 do STJ e posteriormente o surgimento da lei 19.718/18, que tornou irrelevante o consentimento da vítima e a existência de relações sexuais anteriores.

Conclui-se, assim, que a condição de idade do sujeito passivo como elementar do tipo penal presente no art. 217-A e a existência da vulnerabilidade absoluta acabaram por conferir ao crime de Estupro de Vulnerável um caráter inflexível, de modo que o ato sexual praticado por adolescentes com idade entre 12 e menos de 14 anos seja considerado ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, sendo no contexto descrito denominado Estupro de Vulnerável Bilateral, levando-se em consideração a violação mútua e simultânea do bem jurídico tutelado envolvendo os praticantes do ato sexual *in casu*.

Há que se destacar ainda, que até hoje persistem críticas realizadas por uma corrente minoritária, onde se levanta a necessidade de uma maior apreciação ao caso concreto, o que poderia levar a uma modificação no campo da vulnerabilidade. O que se percebe, é que o legislador deixou de antever situações tão distintas como o Estupro de Vulnerável Bilateral, simultaneamente, em que se verifica um precoce amadurecimento e início da vida sexual dos adolescentes.

Portanto, permanece a necessidade de sanar a matéria, levando-se em conta a adequabilidade social da conduta e a sua ocorrência em um contexto social, considerando que em certas regiões do país a situação descrita muitas vezes não é mais vista com reprovabilidade pela sociedade comum, já que por mais que o ato sexual tenha ocorrido envolvendo adolescentes, em certos casos isso acarreta a formação de famílias, o que também é alvo de proteção pela Constituição Federal.

Em suma, deve-se ainda salientar que muito embora existam críticas ao art. 217-A que trazem impactos diretos na conduta dos adolescentes, não se visa sustentar narrativas favoráveis à impunidade. Discutir e ponderar a respeito do reflexo jurídico advindo da ocorrência de ato infracional análogo ao Estupro de Vulnerável é imprescindível, pois o fato se relaciona com direitos individuais e um complexo de questões sociais, tendo em vista que a imposição de sanção

ao adolescente poderia causar injustiça, estigmatização e acima de tudo, os reflexos da sanção recaem sobre o próprio sujeito vulnerável, podendo causar um prejuízo maior do que o benefício que se buscou ao se estipular a proteção definida por lei.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. *et al.* Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública — arts. 213 a 311-A. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: 1940.

BRASIL. Resolução N° 196, de 10 de outubro de 1996. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: 1996.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990.

CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p.1-14, mar. 2018. Disponível em [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/41135/ve\\_Michelly\\_Carmo\\_etal.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/41135/ve_Michelly_Carmo_etal.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em 05/09/2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal — Parte Especial — arts. 213 a 359. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 02, 2019, p. 1214-1238. Disponível em <https://scielo.br/j/rdp/a/KJQwwTJWTWgskWqmSRPDpwy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 21/10/2022.

COSTA, Antônio Carlos Gomes de. De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: Ministério da Ação Social, Centro Brasileiro para a infância e Adolescência, 1992.

FREIRE, Muniz. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Volume 3: Parte Especial: artigos 213 a 361 do Código Penal. 19ª ed. Barueri (SP): Atlas, 2022.

GUIMARÃES, Maria Carolina S; NOVAES, Sylvania Caiuby. Vulneráveis. Disponível em [ufrgs.br/bioética/vulnera.htm](http://ufrgs.br/bioética/vulnera.htm). Acesso em 8 de maio de 2022.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles, Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

JESUS, Damásio de. Direito Penal Parte Especial: Crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública — arts. 184 a 288-A do CP. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual*. Revista de Direito Penal e Processo Penal, v. 1, n. 01, jan – jun. 2011. Disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1409>. Acesso em 02/09/2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP — volume 2*. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal — Parte Especial*. 15ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NORONHA, Rodolfo Liberato de; FIGUEIREDO, Ivanilda. *A Vulnerabilidade como impeditiva/restritiva do desfrute de direitos*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4p. 129 – 146, jul – dez. 2022. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/10/10>. Acesso em 07. maio. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial art. 213 a 361 do Código Penal*. Volume 3. 5ª, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALIBA, Mauricio Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Editora Pílares, 2008.

SPOSATO, Karyna. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Tese de doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. Acesso em 22/10/2022.

ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Capítulo

# 15



## **O caráter ressocializador da lei de execução penal**

---

Pierre de Oliveira Menegoni  
Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.170.15

## RESUMO

A Lei de Execução Penal discorre sobre os direitos dos presos, respeitando o princípio da dignidade humana, assegurando ao reeducando saúde, educação, respeito, trabalho, remição, assistência ao egresso, etc. A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo. Desenvolver medidas que restabeleçam e contribuem para a reintegração do sujeito ao convívio social é extremamente significativo para o meio. Desta forma, o assunto abordado tem um valor tanto moral, como material. Os noticiários referentes aos carcerários são de descaso, violência e reincidência. Família das vítimas reclamam, pois não entendem a LEP. O egresso não possui nenhuma base econômica, e oportunidade de emprego escassa. A ressocialização possui um papel notório para o sujeito que cometeu delito, fazendo com que ele não reincida novamente ao crime. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa é classificada como sendo bibliográfica, já que foi realizada através de livros e artigos. Além de ser estabelecida com fins descritivos e caráter qualitativo. Destaca-se que através da Lei de Execução Penal existe uma série de garantias e assistências ao preso, que se devidamente aplicadas, a sociedade e os presos tem muito a ganhar com as inúmeras contribuições.

**Palavras-chave:** ressocialização. lei de execução penal. preso. reintegração.

## INTRODUÇÃO

Muitas são as origens que desencadeiam o surgimento da desde o principio da vida do homem em sociedade que ele sofre as consequências pela prática dos seus atos. Mesmo a pena possuindo correlações antigas, o sistema prisional brasileiro não é considerado um instrumento satisfatório de recuperação.

O Instituto jurídico da pena vem a ser o exercício do Direito, com atribuições voltadas a recuperação, promovendo a justiça e protegendo a sociedade

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é conhecida como uma das mais desenvolvidas do mundo. Importante mencionar, quando se trata de carcerário, os princípios que norteiam a execução penal se caracterizam como suporte para lei de execução penal, devendo rigidamente, ultrapassarem a teoria e se fundamentar na prática dos assistenciais que aplicam a lei. Para a aplicabilidade da lei, é necessária a disciplina dos carcerários, uma vez que a regra do sistema é progredir, porém há casos taxativos de regressão, devido ao descumprimento de observâncias feitas na própria lei.

Neste artigo é abordado também o direito do preso, dispendo do artigo 41 da Lei de Execução penal, estando consolidado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A ressocialização traz muitos benefícios para o preso e também para a sociedade. Incentivando dessa forma o desenvolvimento de pesquisas acerca dessa delimitação de tema. Além de tornar possível que haja uma maior importância na criação de programas ressocializadores no Brasil.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa é delineada como sendo bibliográfica, com fins descritivos e caráter qualitativo. Sendo realizada através de livros e artigos publicados.

## DESENVOLVIMENTO

Historicamente, a pena existe desde as civilizações mais antigas, no qual pode-se evidenciar o Código de Hamurábi. Conhecido por ser oriundo da Mesopotâmia, sendo um conjunto de leis escritas. Esse código está inserido na primeira fase da evolução histórica da pena conhecido como vingança privada. Segundo Panont et al (2015, p. 178), “na Babilônia através, do Código de Hamurábi (1728 – 1687 a. C.) um dos mais antigos do mundo estabelecia a pena de Talião, “olho por olho, dente por dente”, vida por vida”.

Há quatro fases que marcam evolutivamente o processo histórico da pena são: vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário. Logicamente, com o decorrer do tempo houve um ajustamento até a chegada dos dias atuais. Cada fase possui suas características distintas, uma vez que, cada uma está inserida em um momento distinto. Para Rodrigues (1996), podem-se destacar as quatro fases mais importantes: vingança privada, vingança divina, vingança pública e o período humanitário.

Entende-se como vingança privada, a etapa mais antiga nos parâmetros históricos da pena, caracterizada pela existência de atos primitivos muito retrógrados. Não havia de fato, uma punição amplamente democrática, no qual muitas vezes era voltada as pessoas mais humildes e sem muitos recursos.

A vingança divina, remete-se aos princípios religiosos, que possuem valores voltados a divindade. As leis penais estavam inseridas em livros sagrados. Ela destacava-se no fato dos povos antigos acreditarem fervorosamente em deuses. Acreditando que muitos acontecimentos seriam justificados pela religião, como as famosas enchentes, chuvas e secas. Dessa forma, os deuses eram bajulados e constantemente adorados para que se pudesse obter abundância.

No que tange a vingança pública, esta estava voltada ao fortalecimento do Estado, com penas severas aonde ocorriam as famosas execuções em praça pública. É associada a um período socialmente mais sistematizado, aonde havia interferência do próprio Estado e com isso, a sua própria defesa. A pena pública é bastante conhecida devido as famosas decapitações que ocorreram em praça pública na Europa no século XVIII. Sobre a vingança pública:

Neste período, surgiram os suplícios corporais. Pessoas eram esquartejadas, marcadas a ferro quente, dentre outros castigos cruéis. A pena era aplicada em praça pública, para que todos pudessem ver o que acontecia a quem praticasse um crime.” (OLIVEIRA, 2003, p. 36).

Finalmente tem-se o período humanitário, no qual foi percebido protestos realizados, por exemplo, por filósofos e legisladores. No final do século XVIII, o Iluminismo desencadeava um período considerado mais humano para o Direito Penal. No período humanitário, transcendeu o Iluminismo e uma das suas características é o início da justiça penal. O Iluminismo foi considerado um movimento intelectual que retratava temáticas mais liberais para a sociedade, o famoso fato de iluminar e esclarecer ideias. Em relação a pena, através do uso da razão, o objetivo era justamente reformular os fatídicos acontecimentos injustos.

Assim o Direito Penal ao longo da história da humanidade dividiu-se em alguns momentos. Um que marca o início das primeiras civilizações até o século XVIII denominada vingança, no qual a pena servia como castigo ao criminoso através do aspecto físico e moral. E posteriormente, com o advento da Revolução Francesa, ocorreu a fase conhecida pela humanização da

pena que praticamente foi idealizada pelo italiano Cesare Beccaria.

No Brasil, a pena privativa de liberdade foi atribuída como um instrumento significativo para manutenção do controle social. Com o advento da Proclamação da República no ano de 1889, os acontecimentos relacionados a pena de morte foram excluídos do Código Penal Brasileiro. Conforme Beneti (1996, p. 3), “a execução penal caracteriza-se no Brasil, pela jurisdicionalidade, ora inequivocadamente firmada na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)”.

Analisando-se a palavra “pena” vem do latim *poena*, também com derivação do grego *poine*, que significa dor, sofrimento, castigo, vingança, submissão, expiação, penitência.

## **Direito penal e sua função social**

No Estado Democrático, o Direito Penal busca consolidar a proteção de bens jurídico-penais, tendo no ser humano e na sociedade, além de garantir a liberdade de todos os indivíduos, resguardando as condições elementares para a convivência social, agindo na tutela dos direitos, da liberdade e da segurança dos cidadãos.

Apesar de o Brasil tenha demonstrado uma pequena evolução acerca da desigualdade social, ele continua obtendo dados preocupantes no que diz respeito às condições de existência e de desenvolvimento da sociedade.

Conforme, Capez a política criminal:

É traçada a partir das conveniências do sistema. O que realmente importa é que as normas penais ordenem e regulem o funcionamento do corpo social, devendo o Estado extrair, a partir desta necessidade, os valores a serem traduzidos em tipos legais incriminadores. (CAPEZ, 2011, p.159)

É importante destacar a lição do autor Frederico Marques:

[...] Para Frederico Marques, Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado. E, acrescentava Frederico Marques, para dar uma noção precisa de Direito Penal, é indispensável que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito da pena. (*apud* BITTENCOURT, 2011, p. 32-33)

Transcreve-se relevante ensinamento doutrinário do autor Prado:

O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alterum*). O direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz. Tanto assim é que a sociedade e Direito se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus et ibi jus ubi societas*). (PRADO, 2005, p. 52)

O Direito Penal exerce a função de garantir a liberdade de toda sociedade, resguardando as condições necessárias para o convívio social, colaborando para a tutela dos direitos, da segurança, e da liberdade dos cidadãos. Embora que sua interferência seja aplicada apenas quando for indispensável para a defesa da humanidade ou para a proteção pacífica da coletividade, garantindo-lhe o direito de ir e vir. O bem jurídico só poderá ser punido, se este for indispensável para o convívio social, no Estado democrático de direito compete às normas do Direito Penal proteger os cidadãos. No entanto é cabível ao Direito Penal combater a agressão, a intolerância, os maus tratos, pois para este direito o cumprimento do dever não esta ligada à violência, mas

esta ligada a vinculação do respeito aos princípios consagrados na constituição.

Capez ressalta:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc... denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromisso éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça. (CAPEZ, 2011, p. 19) Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineado quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade. (CAPEZ, 2011, p. 20)

A função do Direito Penal em sua essência é a humanização da pena, determinando que o indivíduo não pode ser tratado como meio, mas como fim, como pessoa, impondo limitação à quantidade e à qualidade da pena e, conseqüentemente, o respeito à vida e à proibição de penas cruéis ou degradantes incluídos o rigor desnecessário e as privações indevidas impostas aos condenados. Aos condenados à pena privativa de liberdade deverão ser propiciadas as condições para uma existência digna, zelando por sua vida, saúde e integridade física e moral.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que no Brasil existem inúmeras irregularidades no que tange a execução da pena, porém existe a proposta de mudança, existe uma legislação com todos os pré-requisitos para que haja uma execução de pena digna para qualquer indivíduo, que por infelicidade tenha cometido um crime. Basta que esta proposta seja abraçada por todos, pela comunidade, pelas famílias dos presos, e principalmente pelo poder público, como enuncia Rogério Greco (2008, p. 493):

[...] os critérios preventivos apesar de passíveis de críticas, ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, principalmente no que diz respeito à prevenção especial ou à ressocialização do condenado. Pois que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado, e enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel.

Conclui-se aqui que não basta a criação de políticas para o momento da execução da pena, se faz necessária a manutenção das políticas públicas existentes, igualmente a criação de novos métodos que intimidem o indivíduo para não cometerem crimes. Cabe ao governo fazer com que os presídios brasileiros não continuem enchendo, ao invés de se preocupar somente com futuras prisões de segurança máxima, começar a investir grandemente em ações de educação escolar, familiar afim de eliminar os chamados “fatores criminógenos” que existem entre a sociedade menos favorecidas.



## REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, Nova Iorque, EUA. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966.

BATISTELLA, Carlos. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In:

BENETI, Sidney Agostinho. Execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996.

FONSECA, Angélica Ferrerira; CORBO, Anamaria D'Andrea (Orgs.). O território e o processo saúde-doença. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. Disponível em: Acesso em: 20 set. 2013

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

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 6 e 11.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990.

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de edições técnica. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de Outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 42/2003., Brasília, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito Constitucional. . São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição. Constituição federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_ Presidência da República. Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990a.

\_\_\_\_\_ Presidência da República. Lei no 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1990b.

\_\_\_\_\_ Constituição (1988). Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 set. 2000c.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANGUILHEM, G. A saúde: conceito vulgar e questão filosófica. In: CANGUILHEM, G. (Org.). Escritos sobre a Medicina. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAPONI, S. A saúde como abertura ao risco. In: CZERESNIA, D. & FREITAS, C. M. de. (Orgs.) Promoção da Saúde: conceitos, reflexões e tendências. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA, 1978, Alma-Ata, URSS. Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde. Disponível em: Acesso em: 28 ago. 2013.

DIAS, Maria Clara. Os direitos básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. Porto Alegre: EDIOUCRS, 2004. Disponível em: Acesso em: 29 ago. 2013.

FONSECA, Angélica Ferrerira; CORBO, Anamaria D'Andrea. O território e o processo saúde-doença. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29-30.

GRUSKIN, Sofia; MILLS, Edward J; TARANTOLA, Daniel. Health and human rights 1: History, principles, and practice of health and human rights. The Lancet, Londres, v.370, p. 449-55, ago. 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 58-59.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. Direito Público, n.2, p. 112-32, 2006. Disponível em: Acesso em: 4 set. 2013.

LIMA, Telma Sasso; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. Rev. Kátal. Florianópolis v. 10, n. esp., 2007. p. 37-45 Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>> Acesso em: 27 jan. 2019.

MANN, Jonathan M *et al.* Health and Human Rights. [S.l.]: 1994. Disponível em: Acesso em: 17 jan. 2019.

MAGALHAES, José Luiz Quadro. A Nova Democracia e os Direitos Fundamentais, 2005. Disponível em: <<http://www.cadireito.com.br/artigos/art01.htm>>. Acesso em: 19 ago.2010.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 21

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

NYGREN-KRUG, Helena. Health and human rights at the World Health Organization. Saúde e direitos humanos, Brasília, ano 1, n.1, p. 7-12, 2004. Disponível em: Acesso em: 17.jan.2019.

OLIVEIRA, Andressa Miguel Galindo; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A eficácia dos direitos fundamentais na saúde. Disponível em: Acesso em: 25. jan. 2019.

OMS. Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos. Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos. n.1. jul. 2002. Disponível em: Acesso em: 29. jan. 2019.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 1948. Disponível em: Acesso em: 27.jan.2019.

ONU. Office of the High Commissioner for Human Rights. United Nations Staff College Project. Human Rights: a basic handbook for UN staff. Genebra, 2000. Disponível em: . Acesso em: 27.jan. 2019.

PANONT, Denise Aparecida; MOURA, Stella Maris; PANONT, Valdir. Pena de Morte: Retrocesso ou Avanço? Uma breve reflexão quanto a pena de morte e seu enquadramento frente ao atual estado democrático de Direito. Disponível em: <[http://facnpar.com.br/revista/arquivos/13/7\\_panont,\\_moura\\_e\\_panont\\_pena\\_de\\_morte\[1\].pdf](http://facnpar.com.br/revista/arquivos/13/7_panont,_moura_e_panont_pena_de_morte[1].pdf)> Acesso em: 09 de setembro de 2016.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito, ano 2, v.2, n.1, p. 20-33, 2008. Disponível em: Acesso em: 25. Jan. 2019.

RODRIGUES, Paulo D. Pena de morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 31. RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da constituição federal: uma análise comparada. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em: Acesso em: 25. jan. 2019.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 210.

SAMPAIO, Nícia Regina. A saúde como direito fundamental no estado democrático de direito. 2003. 87f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. Disponível em: Acesso em: 21.jan. 2019.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 31 n. 5, p. 538-42, out. 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano. Disponível em: . Acesso em: 26 jan. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito fundamental à saúde: dos direitos humanos à constituição de 1988. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2970](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2970)> Acesso em: 4 fev. 2019.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1, p. 17.

VENTURA, Miriam. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. Saúde e direitos humanos, Brasília, ano 7, n.7, p. 87-101, 2010. Disponível em: Acesso em: 28.jan. 2019.

CESARINO JUNIOR, A. F. Direito Social Brasileiro, 1970, p. 8.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 2003, p.49-176.

DALLARI, Dalmo. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998, p.14.

GRAUS, Euros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª Ed, 2005, p. 35.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 9 fev. 2019.

MALISKA, Marcos. A. O Direito a Educação e a Constituição, Porto Alegre: Fabris 2001, p.46-58.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em: 01. fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em: 01 fev. 2019.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los Derechos Fundamentales. 6ed., 1995, Madrid: Tecnos, p.19.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 08.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61.

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BRASIL, Constituição República Federativa do. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL, Lei Execução Penal: Lei 12.550/2011. Disponível em: < <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm)> acesso em: 24 jan. 2019.

BRASIL, Lei Execução Penal: Lei 7.210/1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)> acesso em: 23.jan. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 15ª Ed.São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 4ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro:

Impetus, v.1, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4<sup>a</sup> ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 19<sup>a</sup> Ed. Atlas: Ex.02, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 5<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5<sup>a</sup> Ed. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 7<sup>a</sup> Ed. Parte Geral. Arts. 1<sup>o</sup> a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

ROXIN, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Veja, 1986.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. 6<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35, p.36, p.42.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ed., ver.ampl.e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.



## **Da Casa Verde à sucursal do inferno: o alienista e o mito da reabilitação**

### **From Green House to hell's branch: the alienist and the myth of rehabilitation**

---

Higor Alexandre Alves de Araujo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9646293783282407>

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.16

## RESUMO

O presente estudo trata sobre a questão penitenciária, e questiona o seu principal discurso de legitimação: a reabilitação. Pelo método bibliográfico e por meio da aproximação entre a ficção literária da novela *O Alienista*, de Machado de Assis, e das teorias de Michel Foucault e de Erving Goffman, e da dedução lógica e ontológica, busca-se demonstrar que a reabilitação é um mito e irrealizável. O discurso é mantido por diversas utilidades, inclusive econômicas. Assim, chega-se à conclusão de que o mito da reabilitação é amoldado às práticas penitenciárias – de forma semelhante ao que acontece na novela machadiana. Ao final, confirma-se que a novela é uma metonímia do Brasil e de sua questão penitenciária.

**Palavras-chave:** reabilitação. *O Alienista*. ficção jurídica. mito. cárcere.

## ABSTRACT

This paper regards of the penitentiary issue, and questions its main legitimation argument: the rehabilitation. Through bibliographic method and an approach between literary fiction of the novella 'O Alienista', by Machado de Assis, and Michel Foucault and Erving Goffman's theories, and through the logical and ontological deduction, the aim is to demonstrate that rehabilitation is a myth and an unachievable point. Thus, the conclusion is that the myth of rehabilitation is molded to the penitentiary praxis – in a similar way to what happens in Machado's novella. In the end, the novella is confirmed to be a metonymy of Brazil and its penitentiary issue.

**Keywords:** rehabilitation. 'O Alienista'. legal fiction. myth. prison.

## INTRODUÇÃO – A FICÇÃO E O MITO

A questão carcerária é uma das pedras angulares da sociedade, pois envolve diretamente o poder do Estado sobre os cidadãos. A potestade de punir subordinados existe desde o surgimento do Estado, e é das suas maiores competências. Muito sangue jorrou para que o poder punitivo fosse limitado, o que deu origem, na Modernidade, ao Direito Penal e à questão carcerária.

Essa pedra angular é retratada por inúmeros pensadores desde o seu surgimento. Neste artigo, unem-se as obras de três autores díspares, que viveram em épocas, continentes e com pensamentos diversos. Todos, porém, convergem para a mesma questão.

A ficção de Machado de Assis, um dos maiores escritores da literatura pátria, é utilizada como metáfora – ou melhor, metonímia – para o cárcere, o qual é analisado pelas lentes de grandes pensadores como Foucault e Goffman.

A ficção literária servirá, neste artigo, de base para desnudar a ficção jurídica do cárcere e o seu maior mito. O discurso da reabilitação do preso será desnudado com a indicação dos estudos do filósofo francês e do sociólogo canadense – sempre utilizada, como metáfora, a obra machadiana, que esboçou, com oitenta anos de antecedência, ideias posteriormente desenvolvidas pelos pensadores dos países desenvolvidos.

Assim, pretende-se demonstrar que o discurso da reabilitação é um mito, poderoso e útil, que jamais poderá se realizar e esconde um mecanismo muito maior de poder. A realidade, assim, aproxima-se intimamente do universo fictício imaginado por Machado em seu conto, a ponto de uma questão vir à tona: Itaguaí é aqui?

## ITAGUAÍ, UMA METONÍMIA DO BRASIL

“A Casa Verde é um cárcere privado !” (PROENÇA FILHO, 2004, p. 107)

Ninguém em Itaguaí duvidou dessa frase do “médico sem clínica”. Pudera: desde que chegara à vila fluminense, Simão Bacamarte quisera revolucionar o modo de se tratar os distúrbios psíquicos em todo o Vice-Reino. Munido de autorização da Câmara Municipal, construiu um internato – a Casa Verde – e trancafiou lá todos os alienados; ato contínuo, após aplicar novas teorias acerca da loucura, aumentou assustadoramente o número de reclusos naquele recinto, o que ensejou graves revoltas entre os itaguaienses, como o brado do médico sem clínica.

Mas nada parecia arrefecer o ímpeto encarcerador de Simão Bacamarte. Nem mesmo uma agitada e sangrenta revolta popular, que chegou a mudar o governo da cidade. Porém, assim que chegou ao poder, o cabeça do movimento anti Casa Verde curvou-se perante o frio poderio científico do alienista. Aliás, toda Itaguaí se curvou, ao ponto de, em certo momento, quase toda a cidade estar reclusa na Casa Verde.

A situação se modifica quando Bacamarte, a seu bel-prazer (calcado em suas conjecturas científicas), libera todos, mudando mais uma vez o modo de trancafiar os alienados – o que fazia com apoio dos poderosos e até dos cidadãos antes reclusos. Dessa vez, o alienista consegue curar os reclusos, tendo por fim um auto sacrifício pitoresco.

Eis a apertada síntese do conto O Alienista (PROENÇA FILHO, 2004, p. 91-133), de Machado de Assis. A ideia de um encarcerador onipotente, que tem todos em suas mãos e pode trancafiá-los a seu bel-prazer, remete imediatamente à novela machadiana, em que o médico Simão Bacamarte e sua Casa Verde adotam a postura de encarcerador e cárcere.

Itaguaí, o universo de atuação e experimentação de Bacamarte, é uma metonímia – a tomada da parte pelo todo – do Brasil. O afã carcerário que se desenrola sob o céu fluminense na figura do alienista é análogo ao que caminha sobre toda a extensão do Brasil, o qual se reflete no encarceramento massivo. Ademais, as autonomias que o encarcerador itaguaiense e o brasileiro têm para agir segundo os caprichos de cada um se assemelham.

A história fictícia de Machado guarda, entre suas ironias e comichões finas e enredo recheado de surpresas, outra ficção, está de caráter perene, presente na realidade com status de mito: a reabilitação do encarcerado. A possibilidade de o encarceramento reabilitar – ou “curar” – o apenado é implícito, mas veementemente, questionada no conto machadiano.

No decorrer do conto, se percebe que a recuperação dos alienados tem relação direta com as ideias e os desejos de Bacamarte, e não com o tratamento oferecido na Casa Verde. A cada conversão metodológica do médico, os conceitos de loucura e de recuperação mudavam. Assim, a sandice e a normalidade mental dos itaguaienses estavam nas mãos do alienista, que decidia quem estava sadio e quem estava sandeu.



Na Casa Verde, de início, a recuperação foi escassa, e somente ocorreu após uma completa inversão do método de qualificação da loucura pelo alienista. No cárcere, contudo, a reabilitação, também chamada de ressocialização, tem lugar de destaque – pelo menos na construção de sua teoria.

Entretanto, a realidade vai de encontro a tal escopo do cárcere. Na fictícia Itaguaí colonial de Machado e na realidade brasileira (e mundial), a reabilitação dos encarcerados tem status de ficção, uma espécie de discurso legitimador da utilização de tais instrumentos. Um mito.

## **O DISCURSO LEGITIMADOR DA REABILITAÇÃO PELO CÁRCERE: ENTRE A FICÇÃO E O MITO**

Ficção e verdade não são termos antônimos. O senso comum jurídico ainda se utiliza do paradigma do objeto aristotélico, que a filosofia analítica moderna já superou, ao considerar que a verdade está intimamente ligada à linguagem, em virtude da diferença entre a sistemática da língua e a das coisas. Dessa forma, a verdade tem caráter subjetivo, e depende de seus interlocutores e da plataforma sobre a qual se monta o discurso; torna-se, assim, relativa. E verdade relativa não é o contrário de ficção (CHAUÍ, 2010, p. 131).

Esse é o primeiro passo para a compreensão dos conceitos essenciais que podem adjectivar o instituto da ressocialização. Ficção e mito não são antagônicos à verdade, mas facetas de um mesmo fenômeno: o discurso. A ficção é gênero, do qual a ficção jurídica é proeminente espécie.

A ficção é uma discordância voluntária com a verdade. O principal elemento da verdade é o consenso sobre o que é realidade, e tudo o que destoia desta se torna mentiroso ou fictício<sup>1</sup>. Da mesma forma, a ficção jurídica é divergência daquilo que é considerado realidade pelo consenso jurídico, com as características da provisoriedade e utilidade. É uma divergência voluntária, com finalidades certas, do consenso da realidade no meio jurídico, e utilizada para facilitar a aplicação e integração do direito – como é o caso das presunções (KELSEN, 2012, p. 69).

A conceituação acima não permite, entretanto, considerar a reabilitação como uma ficção jurídica. Na ficção, ambas as partes têm ciência de que o discurso ou a proposição está em desacordo com a realidade, mas a legitimam pela utilidade. Tal fato não é visto no discurso da ressocialização. Esse é recheado de furor emotivo, político e passional. É mais que uma ficção.

A ideia de ressocialização, presente nas teorias relativas acerca dos fins da pena privativa de liberdade, surgiu de forma concomitante ao cárcere, e estava intimamente ligada à ideia de tempo ocioso do preso, que deverá ser voltado a atividades educativas e reestruturantes. Busca-se a reabilitação do preso, e o impedimento da reincidência (ANJOS, 2009, p. 42). É um instituto, porém, natimorto.

Apesar da falência quase imediata das prisões desde suas origens, a crença de que ela pode ressocializar é permanente. Se não reabilitam, é falha conjuntural, pois faltam investimentos ou vontade dos presos. Apesar de poder ser derrubado por uma análise mais atenta, tal discurso da reabilitação ultrapassa a realidade e ganha status de verdade absoluta. Boa parte

*1 Note-se, ainda, que o conto de Machado não é fictício porque é mentira, mas sim porque destoia do consenso histórico clássico. Ainda assim, o discurso da novela se refere a um discurso considerado verdadeiro, através da metonímia, como se tomou em relação ao Brasil. Não há antagonismo absoluto entre verdade e ficção: há fluidez.*

dos interlocutores desse discurso realmente acredita na reabilitação, não obstante a realidade factual demonstrar o contrário.

Perene, mas de duvidosa utilidade técnico-jurídica, o discurso da reabilitação não se assemelha em nada à ficção jurídica e a suas características. Trata-se de um mito.

Urge, aqui, realizar a junção de dois conceitos díspares sobre mito. O do sociólogo francês Alfred Sauvy, para quem mito é ideia que não resiste a um exame, e o do teórico, também francês, Georges Sorel, que aponta a necessidade de o mito ter status de verdade incontestável ao público, mas não necessariamente ao emissor do discurso (MIGUEL, 2000, p. 23-33). O discurso da função reabilitadora do cárcere amolda-se a ambos os conceitos aventados acima, o que fortalece seu status mitológico.

Tal mito é a principal fonte legitimadora das prisões, principalmente nas democracias constitucionais modernas<sup>2</sup>. O poder do discurso da reabilitação possibilita a manutenção do mito, mesmo que este não resista a quaisquer análises. Em nome da reeducação, encarceram-se em massa certas pessoas (algumas, por sinal, já muito bem-educadas) e promete-se que dali sairá um alguém reabilitado – o que raríssimas ocorre vezes.

Contudo, o mito permanece. O mito não esconde nada, apenas deforma a realidade (MIGUEL, 2000, p. 26): os condenados hão de entrar e sair do sistema prisional. Entretanto, o que realmente o cárcere fez com eles não importa: o discurso mitológico informará (e deformará) isso.

## **A VIRADA PUNITIVA DO CÁRCERE: DE INSTRUMENTO DE CUSTÓDIA A PRINCIPAL MEIO DE PUNIR**

### **Os primórdios da punição: dos suplícios às penas analógicas**

Foucault abre sua célebre obra *Vigiar e Punir* com o testemunho arrepiante de um suplício. É um esquitejamento público, no qual o apenado é amarrado a cavalos, que deveriam arrancar-lhe os membros. Mas a execução demora – os animais não esquitejam na primeira vez o suplicado. É necessário que os executores ajudem com tenazes. O executado geme, urra de dor, e clama por misericórdia aos céus. Quando finalmente se completa o esquitejamento, os pedaços do cadáver são queimados (FOUCAULT, 1999, p. 8).

Espectáculos de dor e mutilação foram a tônica dos suplícios que ocorriam na Idade Média e no início da Modernidade – formas de punição para os crimes considerados graves. O *show* aterrador tinha dois principais objetivos. O primeiro era de vingança pessoal que a pessoa do príncipe (que reunia em si a noção de Estado) realizava contra o condenado. A outra motivação era a de amedrontar os súditos. A multidão que acompanhava – na maioria das vezes, aos gritos, contra ou a favor do ato – recebia o aviso: quem infringisse a lei do príncipe, teria o mesmo fim (FOUCAULT, 1999, p. 66).

Vingança e amedrontamento. A isso servia a punição pelos suplícios. A população, amon-

---

<sup>2</sup> Tenha-se por legitimidade a ideia de fundamentação, formal e material, de algo na sociedade. As prisões têm ambas através do discurso da reeducação em virtude desse mito se amoldar adequadamente às utopias erguidas por esse modelo. O fundamento último da ressocialização, inclusive no Brasil, é a dignidade da pessoa humana: não excluir, mas reeducar e reinserir (NADAL, 2006, p. 51).

toada numa praça, via um corpo condenado ser massacrado. Era a punição de um indivíduo que ousou descumprir as leis estatais, ofendendo o príncipe e a sociedade. Tal método de punir durou até ser expurgado junto com o Estado Absolutista pelas Revoluções Liberais. Os revolucionários e ilustrados perceberam que era necessário mudar o Estado e suas bases, inclusive sua forma de punir (FOUCAULT, 1999, p. 67).

Lançavam-se as bases para uma reforma penal. Os revolucionários bradavam contra os suplícios. O clima pós-revolucionário e pós-iluminista convergia para mudanças nas formas de punir. Os suplícios eram claras manifestações do poder dos reis absolutistas, todo-poderosos sobre seus súditos. Era necessário tirar da punição a ideia de arbítrio, da possibilidade de o rei executar sem atenção à defesa, ou, ainda, de livrar alguém dos juízes por desejo pessoal do rei (FOUCAULT, 1999, p. 94).

Em meio ao clima revolucionário da Assembleia Geral, que durou três anos e culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e na Constituição Francesa em 1791, os teóricos da punição pediam mitigação das penas. Era necessário tirar da punição toda a artificialidade que a vingança pessoal lhe conferia e criar, à vista dos cidadãos, uma naturalidade entre o cometimento da infração e a aplicação do castigo (FOUCAULT, 1999, p. 94).

Surge nos debates a noção de punição analógica. Para os reformadores franceses, a pena deveria ser consequência natural da infração. Assim, o que abusar da liberdade pública deveria ser encarcerado; o assassino, morto; o incendiário, queimado em fogueira; o ladrão, ter seus bens confiscados; o corrupto, multado. Como aponta Foucault, nas penas analógicas de pena, o poder de punir se esconde. Cria-se, desse modo, um pensamento de justiça: o castigo virá na mesma medida que o crime (FOUCAULT, 1999, p. 125).

A utopia da nova punição tomou forma. Os constituintes e teóricos franceses bradavam a favor das penas analógicas. A derivação natural entre o binômio crime—pena cabe perfeitamente no ideal de justiça popular. Caso aplicado, além de reprimir o crime pela natural inferência de seu castigo, a punição dos criminosos seria mais justa, atrelada a sua conduta (FOUCAULT, 1999, p. 132).

Em síntese, uma série de castigos pitorescos, e não se admitia a unidade de punição para todos os crimes (FOUCAULT, 1999, p. 133). O debate era intenso e avançava, até que as penas analógicas sofreram foram apunhaladas.

Enquanto os teóricos discorriam fartamente sobre elas, à espreita, uma nova forma de punir – muito menos criativa – crescia, e se tornaria a punição por excelência. Uma nova forma que – assim como a nova teoria sobre a loucura de Simão Bacamarte, em *O Alienista* – espalhar-se-ia rápido e pegaria todos de surpresa. Começara a virada punitiva.

## **A surpreendente escalada da prisão**

*Ad continendos hominem, non ad puniendos.* Antes das reformas do fim da Modernidade, a parêmia latina resumia a utilização do cárcere. Embora atualmente se considere a prisão como meio óbvio e por excelência de punir, tal uso é recente na história da civilização humana. Tanto que não é citada nem mesmo quando os reformadores franceses quiseram transformar a forma como o Estado punia seus cidadãos (FOUCAULT, 1999, p. 132).

No auge dos suplícios que recheavam as condenações das nações absolutistas, as prisões tinham função de acautelar um suspeito. Mesmo após a Revolução, não fora considerada como peça fundamental nos novos mecanismos punitivos que os reformadores erguiam em terrenos franceses (FOUCAULT, 1999, p. 138).

Foucault narra a ascensão da prisão como uma surpresa a quem observa o fenômeno. Pudera: as críticas contra o sistema punitivo absolutista incluíam o próprio cárcere. Ligado ao despotismo, era extremamente criticado por ser considerada punição sem julgamento. Tanto que o marco da Revolução Francesa foi a queda de Bastilha, uma prisão. E os *Chahiers de Doléances*<sup>3</sup> para a Assembleia de 1789 trazia claramente um desejo da população parisiense: “pensamos que as cadeias devem ser arrasadas” (FOUCAULT, 1999, p. 139).

A repulsa dos franceses à prisão é semelhante à revolta que os itaguaienses têm, em O Alienista, contra a Casa Verde, na ficção machadiana. Enquanto a população de Paris pedia à Assembleia Geral o fim das prisões, o povo de Itaguaí resolveu arrasar o cárcere privado com as próprias mãos por duas vezes, em motim. Metáforas da revolta que a reclusão, mesmo que potencial, causa em pessoas que prezam pela liberdade. Nas duas situações, contudo, o cárcere se manteve em pé – e se fortaleceu.

Em Itaguaí, as revoltas, encabeçadas por diferentes atores, não resistiram à frieza e à retórica cientificista de Simão Bacamarte. Em uma célebre fala ao irritado público, o alienista brada ao público revoltado que a ciência – e, por extensão, ele – não deve satisfações a ninguém (PROENÇA FILHO, 2004, p. 115). No final das contas, a Casa Verde resiste, e adquire cada vez mais poder.

Na França revolucionária, o cárcere, apesar das críticas e de ser ignorado pelos reformadores – os mesmos que imaginaram as penas analógicas –, cresceu em rápida escalada e, já no começo do século XIX, se tornou uma das principais formas de castigar, entre a pena de morte e a multa. A construção de tal forma de punir foi tão surpreendente para alguns que deputados da Assembleia Constituinte Francesa explodiram em seus discursos:

De maneira que se eu traí meu país, sou preso; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio. (FOUCAULT, 1999, p. 136.)

O fenômeno, entretanto, não ocorreu somente na França. Por toda Europa despontaram modelos penais que punham o cárcere no centro dos métodos punitivos – como na Áustria, na Itália, na Rússia. A prisão colonizou o modo de punir de forma surpreendente, rápida e firme.

O porquê de um instrumento de uso cautelar, que era de mera detenção, tornar-se a principal forma de punir da sociedade ocidental também é devidamente narrado por Foucault.

## **A prisão, sua estrutura e o seu discurso**

Dentre as inúmeras estruturas do Palácio de Versailles, cuja construção fora ordenada pelo histriônico Luís XIV, na França absolutista do século XVII, estava um zoológico monumental. No zoo real, o arquiteto Louis Le Vaux mudou a forma de se apreciar os seres em exibição. Havia uma torre central em formato octogonal, na qual existiam amplas janelas laterais que permitiam a

<sup>3</sup> “Caderno de queixas”, em francês. Eram usados desde o séc. XIV para que os deputados eleitos pelos Estados para a Assembleia Geral soubessem os anseios da população. Os mais famosos são da Assembleia de 1789. Disponível em: <<http://historia22a2013.blogspot.com.br/2013/10/cadernos-de-queixas-do-terceiro-estado.html>>. Acesso em 23/09/2018.

visualização de todos os animais, separados em cada um dos oito compartimentos (FOUCAULT, 1999, p. 226).

No luxuoso Jardim Zoológico de Versailles havia elefantes, flamingos, avestruzes e um estapafúrdio carrossel chinês movido por criados ocultos no subsolo. Tudo de acordo com a pompa que a nobreza real francesa se permitia aproveitar. O Rei-Sol tinha a sua disposição uma belíssima e charmosa estrutura, na qual o peculiar jardim chamava atenção pela economicidade e beleza de estruturação, a qual permitia a visualização e o estudo individualizados dos seres, em razão de sua torre central octogonal (STRICKLAND, 2010).

É a estrutura desse Jardim que Foucault crê ter sido a inspiração para a construção da planta de um panóptico pelo filósofo britânico Jeremy Bentham. Na época deste, já não existia o zoológico real, mas a estrutura do panóptico era idêntica. Uma área cercada por um anel na qual há uma torre central vazada por grandes janelas por todos os lados; na periferia do anel, há celas com os detentos; na torre central, o vigilante, que, de um único ponto e em poucos gestos, pode ver todos os que estão reclusos.

O Panóptico de Bentham adquire status de zoológico real, com as grandes diferenças básicas: os animais dão lugar aos homens; a realeza francesa cede ao poder punitivo e vigilante. Intactas as demais estruturas, há possibilidade da racionalização da vigilância e – como se trata de homens – da disciplina (FOUCAULT, 1999, p. 227).

A estrutura proposta por Bentham no século XIX é adequada a várias instituições sociais – manicômios, escolas, prisões. Era o reflexo tardio de uma corrente formada em meados da Idade Moderna: o disciplinamento (FOUCAULT, 1999, p. 163-164). A necessidade de se aproveitar melhor os recursos humanos e docilizar os corpos levou várias organizações sociais a adaptar suas estruturas ao panóptico. Do exército aos manicômios, as palavras de ordem eram disciplinares, organizar, ensinar: docilizar.

As prisões não ficaram imunes à docilização; na verdade, é a causa da escalada delas. Em virtude das torrentes ideológicas do Iluminismo, o cárcere tomou corpo e lugar das demais punições como forma de castigo por excelência. Desde o nascimento da prisão, a concepção era de um local onde se pudesse disciplinar e ressocializar o criminoso. Em vez de matar ou simplesmente multar, a escolha foi afastar o indivíduo da sociedade e tentar reensiná-lo a viver entre iguais (FOUCAULT, 2014, p. 75).

O cárcere surgiu para ser uma instituição total. Completa e austera. Em verdade, toda instituição social tende ao fechamento, já que toma certo tempo dos participantes e lhes dá algo diferente em relação ao mundo exterior. Entretanto, há instituições cujo fechamento se dá em tal grau que impede qualquer contato entre o participante e o mundo externo – inclusive por limitações físicas, como grades e muros. Essa é a definição de uma instituição total dada pelo sociólogo canadense Erving Goffman (1961, p. 16).

O Alienista retrata, muito antes de Goffman, o que é uma instituição fechada. A Casa Verde e a Câmara Municipal são as principais instituições protagonistas da novela. Porém, enquanto a Câmara merece extensos parágrafos acerca de seus acontecimentos internos, pouquíssimas linhas são dedicadas ao que ocorre dentro do hospício de Simão Bacamarte. Machado de Assis tem uma perspectiva externa da Casa – pouco importa o que ocorre lá dentro, mas as consequências de seus mecanismos nos quarteirões de Itaguaí.

Nascidas desde o início para a docilização e para tornar economicamente úteis os indivíduos, as prisões são instituições totais, pois devem ser aparelhos disciplinares exaustivos – omnidisciplinares. O indivíduo detido deverá ser submetido a uma rígida disciplina. As técnicas iniciais das prisões antigas incluíam isolamento, total silêncio e trabalho, solitário ou coletivo. Tudo com o fim de fazer os detentos pensarem sobre seus atos, a aprender novamente as virtudes da vida social (FOUCAULT, 1999, p. 264-265).

Transformar o indivíduo, discipliná-lo, ensiná-lo a viver em sociedade, educá-los nos mínimos gestos: docilizá-lo. Tal termo é totalmente aplicável ao discurso legitimador das prisões – os criminosos precisam se tornar cidadãos dóceis, educados e que estejam prontos para voltar à vida em sociedade. Entretanto, a falha dessa função é mais clara que o Sol. E mais imediata do que parece.

## O “fracasso” da prisão

Eis como Machado de Assis começa o capítulo XI de *O Alienista*, causando assombro no leitor:

E agora prepare-se o leitor para o mesmo assombro em que ficou a vila, ao saber um dia que os loucos da Casa Verde iam todos ser postos na rua.

- Todos?

- Todos.

- É impossível; alguns, sim, mas todos...

- Todos. Assim o disse ele no ofício que mandou hoje de manhã à Câmara. (PROENÇA FILHO, 2004, p. 124-125)

No ofício à Câmara Municipal, a explicação para tal feito é uma mudança nos critérios de avaliação da loucura por parte do médico. Os reclusos na Casa Verde não seriam mais os desequilibrados mentais – critério que fez o hospital abrigar mais de quatro quintos da população itaguaiense –, mas sim os que tivessem sua mente e suas virtudes devidamente equilibradas (PROENÇA FILHO, 2004, p. 125).

Os diferentes critérios de cura adotados mudaram radicalmente a história da Casa e do médico criados por Machado. A reabilitação dos reclusos na Casa Verde, durante toda a história, depende do que pensa Simão Bacamarte. Supostamente com interesse estrito na ciência, e após descobrir situações novas sobre a loucura, o protagonista prende e libera os que se adéquam a seus devaneios – tudo a seu bel-prazer.

A ficção literária desfaz uma ficção jurídica – ou melhor, um mito jurídico. A prisão não reabilita, nem ressocializa, tampouco reeduca. Eis certezas ventiladas, principalmente no Brasil, tanto pelo senso comum quanto pelos especialistas. Parece que, como toda história do fracasso, a prisão e a reabilitação tiveram origem, apogeu e queda. Ou seja, em algum momento, houve reabilitação. Mas a história não ocorreu dessa forma.

O cárcere fracassou quase imediatamente em seu discurso de reabilitação e disciplinamento. Tão logo se ergueu como principal forma punitiva no começo do século XIX, a prisão mostra sinais de fracasso já em 1820 (FOUCAULT, 1999, p. 292). Em meados do referido século, já se escrevia que, longe de transformar os criminosos, a prisão criava novos. As denúncias

contra os cárceres são as mesmas que nos cercam hoje: não diminuem a criminalidade, não impedem a reincidência, fomentam a organização de criminosos (FOUCAULT, 2014, p. 75).

As críticas são as mesmas nestes quase duzentos anos de existência da prisão moderna. Apesar da insistência dos estudiosos do cárcere, o discurso da reabilitação se manteve quase intocável. As propostas de reforma – que são contemporâneas ao surgimento da própria prisão (FOUCAULT, 1999, p. 292) – não mudaram a essência do encarceramento. E há insistências em manter a estrutura de um sistema falido desde o início. Portanto, é claro que há algo por trás do fracasso.

A resposta a essa pergunta é surpreendente e assombrosa para os incautos. Em verdade, a prisão não fracassou. É verdade que nasceu com o intuito de disciplinar e docilizar criminosos para reenviá-los à sociedade. Contudo, a realidade demonstra que o cárcere toma a si outra função: produção da delinquência. A cadeia, assim, adquire com o tempo a função utilitarista de separação de um conjunto de ilegalidades e de produção de criminosos específicos (FOUCAULT, 1999, p. 304).

### **A face oculta das grades: a prisão realmente fracassou?**

Em meados do século XIX, a industrialização obrigou a burguesia a agir contra certas ilegalidades cotidianas que eram aceitas pela população. Como o acúmulo de bens fora substituído pela riqueza do lucro gerado por meios de produção que eram utilizados pelos operários, um intenso trabalho de moralização aconteceu. As classes mais pobres foram orientadas a aceitar que os bens dos quais se retira o lucro com o trabalho manual pertencem aos empresários, e que os destruí, por meio de sabotagens ou roubos, por qualquer motivo que fosse, era errado e os equiparava a homens maus (FOUCAULT, 2014, p. 75).

A proteção dessa riqueza que estava nas mãos dos operários teve por objetivo criar uma moral rigorosa, na qual os que cometiam ilegalidades antes toleradas eram demonizados e rechaçados como inferiores aos operários que respeitavam as leis humanas e divinas – eis o processo de cristianização que tomou conta dos operários (FOUCAULT, 2014, p. 75).

Assim surge a prisão como método de separação dos indivíduos demonizados (criminalizados) por cometerem tais ilegalidades econômicas. São os delinquentes, que diferem dos criminosos por pautar sua conduta de vida na ilicitude. A prisão na Modernidade serviu, portanto, para deter certos grupos de pessoas que cometiam ilegalidades que ameaçavam a riqueza burguesa, sem massacrá-las ou matá-las (FOUCAULT, 2014, p. 76). Ou seja, desde o início, escancarada a incapacidade de reabilitação do cárcere.

Em verdade, a prisão, como uma instituição total, possibilita todos os processos descritos pelo sociólogo canadense Erving Goffman como mortificação do eu (GOFFMAN, 1961, p. 31). Através de uma série de ocorrências – mutilações, humilhações, violações de sua integridade e quase total ausência de contato com o mundo externo<sup>4</sup> –, o interno de instituições totais perde seu eu civil, que é mortificado e excluído, e passa por uma reorganização pessoal do interno: a reconstrução de um eu adequado à instituição (GOFFMAN, 1961, p. 50).

A reorganização pessoal do apenado se dá em vários processos, como a vivência de

*4 O filósofo canadense escreve em tempos anteriores à internet. Não que a sabotagem ao isolamento quase total do preso com o mundo externo fosse inexistente à sua época, mas a era da telemática demonstrou ainda mais a incapacidade das prisões de cumprirem suas funções declaradas.*

acordo com as regras de casa, com a ciência dos privilégios e dos castigos oriundos de suas condutas (GOFFMAN, 1961, p. 52-53). Na prisão, oficialmente, isso se dá quando o preso sabe quais atitudes o levarão a uma cela solitária ou à progressão de regime.

Outros processos de reorganização pessoal existem, mas poucos são tão poderosos como a confraternização entre os novatos e os presos antigos. Antes distantes socialmente, agora os novos componentes entram em contato com os outros presos, descobrindo, muitas vezes, que quase todos os companheiros têm as qualidades comuns de todos os seres humanos – algo que era negado anteriormente (GOFFMAN, 1961, p. 55).

A convivência compulsória faz surgir entre os presos um sentimento comum de culpa – inclusive entre os inocentes. Também surgem as defesas compartilhadas contra esse sentimento, como a sensação de injustiça por estar sofrendo penas além das dispostas pela lei e a amargura em relação à direção da prisão (que Goffman chama de “equipe dirigente da instituição total”) e em relação ao mundo externo (GOFFMAN, 1961, p. 56).

Toma forma, assim, a situação explicada pelo pesquisador estadunidense Richard McCleery (*apud* GOFFMAN, 1961, p. 56):

Por seu raciocínio, depois de um delinquente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei, passa a justificar o seu ato – o que não podia fazer quando o cometeu, decide ‘descontar’ o tratamento injusto na prisão, e a vingar-se, na primeira oportunidade, através de outros crimes. Com essa decisão, torna-se um criminoso. (Grifo do autor)

Eis a inferência das pesquisas de Goffman: a prisão produz criminosos. A mortificação do eu, sua reorganização pessoal e o processo de confraternização, que cria uma amargura em relação ao mundo exterior e, em alguns casos, cria justificativa para seus crimes anteriores, piora o ímpeto criminoso ou, pior, o produz.

Trata-se exatamente da mesma conclusão a que Foucault chega, ao afirmar que “a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência” (FOUCAULT, 1999, p. 304). Dessa feita, a prisão é considerada não um local de ressocialização, mas sim de produção de ainda mais delinquência.

A construção da delinquência pelo encarceramento foi essencial para a separação entre o povo moral e o delinquente. A população que antes tolerava certas ilegalidades era forçada a se voltar contra os criminosos. Os crimes cometidos pelos apenados foram os selecionados para, uma vez punidos e repelidos pelo povo, protegerem a riqueza burguesa e evitar turbas à industrialização (FOUCAULT, 1999, p. 313).

As ilegalidades financeiras e fiscais eram toleradas pela lei e pelos tribunais, pois cometidas pela classe dona dos meios de produção. Já os ladrões e salteadores, antes protagonistas de romances e epopeias jornalescas, foram demonizados – principalmente através dos noticiários policiais da segunda metade do século XIX (FOUCAULT, 1999, p. 313).

Diante da constatação de que pessoas são punidas através de uma instituição que, longe de reeducá-las, mortifica seu eu civil e cria um eu-criminoso; de que o delinquente é anunciado pelas mídias como onnipresente e um inimigo; de que o trabalho penitenciário é utilizado, em verdade, para causar furor nos operários e acirrar ainda mais a divisão entre os cidadãos de bem e os delinquentes (FOUCAULT, 2014, p. 76), a reabilitação não passa disto: um mito.



A análise de Foucault sobre a função do cárcere se concentra no século XIX. Mais recentemente, em um denso discurso numa conferência na Universidade de Amsterdam, Zygmunt Bauman afirma que o encarceramento em massa da população de baixa renda é o novo substituto de um *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social) em decadência. “As prisões, completa e verdadeiramente”, disparam o filósofo polonês, “fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar” (BAUMAN, 1998, p. 57).

Os critérios de reabilitação têm a mesma consistência frágil das ideias científicas de Simão Bacamarte – em retorno ao conto machadiano. No transcorrer da novela, o conceito de doença psíquica se amolda ao que o alienista crê e quer experimentar. Seja o desequilíbrio das funções psíquicas, seja o total equilíbrio, seja a presença de um mínimo de imoralidade... A reabilitação do mentecapto não é oriunda de nenhum processo especial, mas das vicissitudes mentais de Bacamarte.

Na novela e na realidade, o discurso da reabilitação é mitológico, legitimador tanto do encarceramento de pessoas dos estratos menos poderosos e abastados da população quanto da vigilância delas por parte das forças policiais (FOUCAULT, 2014, p. 78). O discurso, apesar de decadente desde o surgimento da prisão moderna, se mantém em razão do cinismo social que há em relação aos reclusos e do poder que a crença na reabilitação tem de esconder a face oculta do cárcere.

## **O CÁRCERE NO BRASIL: SUCURSAIS DO INFERNO**

São Luís, Maranhão, três dias após o réveillon de 2014. Ana Clara, de seis anos, estava com sua mãe e sua irmã em um ônibus quando um grupo armado invadiu e incendiou o coletivo, sem dar tempo para que os passageiros descessem. Ana Clara teve 98% de seu corpo queimado, e faleceu três dias depois. O caso chocou o País, e, no dia seguinte, o governo maranhense à época tinha a explicação oficial: a ordem para atear fogo em ônibus partiu de dentro do caótico Centro de Detenção Provisória de Pedrinhas (VIVIANI, 2014).

A situação de caos de Pedrinhas iniciou logo após o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fazer um relatório sobre as condições terríveis da unidade. Quando o governo do Maranhão resolveu intervir, calamidade ainda maior se instalou. Ordens de atentados em São Luís começaram a emanar do Centro (GONÇALVES, 2014); a capital e o presídio se transformaram em um inferno dantesco.

O ápice da crise de Pedrinhas foi o assombroso vídeo que o jornal Folha de S. Paulo recebeu em sua redação na mesma semana em que falecera Ana Clara: presos comemoravam o saldo de uma briga entre as gangues que dominam a prisão – três homens mortos, decapitados e com os corpos perfurados, em meio a uma poça de sangue (SCORLESE, 2014). O episódio voltaria a se repetir durante todo o ano.

Eis o retrato mais chocante da década acerca da decadência das prisões no Brasil. Quando se fala nas terríveis cadeias brasileiras, o massacre do Carandiru é rememorado, conquanto já esteja distante no tempo. Apesar dos tímidos avanços, o cárcere no Brasil está em condições terríveis. As altas autoridades sabem disso, e não é de hoje.

O ex-ministro da Justiça do governo de Dilma Rousseff, Eduardo Cardozo, declarou, em

2013, que preferiria o suicídio a passar muito tempo na prisão. Muito antes, na década de 1980, o também ex-ministro da Justiça do governo de João Figueiredo, Ibrahim Abi-Ackel, chamou as cadeias brasileiras de “sucursais do inferno” (FABIANO, 2013). Não há definição melhor.

Desumanas, medievais, terríveis, infernais. Não há adjetivos suficientes para definir o cárcere brasileiro. Abordar todos os problemas do sistema carcerário brasileiro exigiria incomensurável esforço. Todas as considerações esposadas nos tópicos anteriores indubitavelmente cabem em sua plenitude ao Brasil.

As condições das prisões brasileiras, além de chocantes a quem está fora, pioram os processos de mortificação do eu e aumentam os de confraternização e empatia, já que para viver em situações caóticas, grandes e organizadas redes de amizade e dependência se formam. Dessa feita, as prisões não reabilitam e otimizam a mortificação do eu interno.

Nos países centrais substituíram o Estado do Bem-Estar Social pela prisão; no Brasil – que nunca arriscou de verdade um *Welfare State* –, o cárcere é a única resposta às carências da população. Entre privilégios e necessidades que abundam na sociedade brasileira, não nascem direitos, mas grades. A questão social sempre foi questão de polícia.

A constatação é conspícua: as prisões não ressocializam; pioram os condenados; massacram a dignidade dos internos, que, mesmo tendo cometido crimes, ainda são seres humanos. Mas, o que faz o discurso da reabilitação se manter intacto? A referência anterior a Foucault, do uso econômico do criminoso, talvez explique. Cada preso custa mensalmente, em média, três mil reais (BARROCAL, 2015) – dinheiro que alimenta uma extensa cadeia produtiva que atua nas questões penitenciárias.

Uma passagem de *O Alienista* ilustra a utilização econômica do preso, consoante a ótica foucaultiana.

Conta Machado que D. Evarista, esposa de Simão Bacamarte, estava pálida e triste em razão da ausência de seu marido, inebriado em seus serviços da Casa Verde. Como bom cientista da mente, o médico percebe a condição de sua amada e oferece-lhe um sonho: conhecer o Rio de Janeiro com a tia.

D. Evarista exclama – onde arranjaríamos tanto dinheiro? Bacamarte, então, mostra-lhe os enormes ganhos que a Casa Verde proporcionara. A senhora fica admirada – quanto dinheiro o cárcere dá! Assombrada, e agora feliz, a nova rica brada de forma sorridente a frase que intitula o capítulo da novela que relata essa passagem: “Deus sabe o que faz!” (PROENÇA FILHO, 2004, p. 99-100)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS – O NOSSO PLUS ULTRA

“Alguns chegam ao ponto de conjecturar que nunca houve outro louco, além dele, em Itaguaí”, narra o último parágrafo de *O Alienista* sobre seu carcereiro (PROENÇA FILHO, 2004, p.133). Conquanto Machado de Assis negue, em fina ironia, a veracidade da constatação, o final surpreendente da novela sugere que, o tempo todo, o cabeça do cárcere é que deveria estar encarcerado.

Neste estudo, demonstrou-se como o fictício discurso da cura da loucura existente na

ficção machadiana assemelha-se ao discurso da reabilitação que serve de legitimação para o cárcere – e ambos, portanto, são irrealizáveis.

Dialogou-se com Foucault e sua obra *Vigiar e Punir*, a qual, dentre as inúmeras leituras que o filósofo francês permite, desnuda como a prisão surgiu, cresceu e se tornou a forma de punir por excelência, ao unir em si uma economia humana e permitir a manipulação dos subordinados à elite dominante que gerencia o Estado.

O diálogo com Goffman permitiu a demonstração da fragilidade do discurso da reabilitação diante dos diferentes processos pelos quais passam as pessoas reclusas, reunidos sobre um nome extremamente forte: mortificação do eu. Onde o eu, é mortificado, não há espaço para reabilitação.

Os diálogos elaborados por pensadores distantes demonstraram que a reabilitação, mais do que ficção, é um mito, pois há parcela da sociedade que nele acredita piamente. E, ainda, não é adequado ao Estado que abra mão de tal discurso, pois há utilidade, inclusive econômica, na sua manutenção. As cadeias dão dinheiro e poder, assim como a Casa Verde.

Por falar no conto, o surpreendente final d'O Alienista ensina algo sobre a sociedade. A divisão maniqueísta entre ele e eu não se restringe ao dueto entre delinquentes e cidadão de bem. O eterno apontamento alheio e esquecimento de si próprio lembra o adágio que afirma estar a mão apontando três dedos para nós enquanto indicamos outrem. Simão Bacamarte começou seu projeto para os mentecaptos; para os outros. Acabou descobrindo que a invenção lhe servia.

A questão penitenciária, no Brasil, precisa do mesmo plus ultra de Simão. Entretanto, não há nenhum lampejo de esperança pela frente. A forma de punir e evitar crimes não mostra que sofrerá mudanças nem tão cedo. Pelo contrário. Entretanto, a conferir.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e Direito Penal Brasileiro. 2009. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP.

BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*. 02/03/2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em 22/09/2018.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. Ed. Ática: São Paulo, 2010.

DOCUMENTOS 2: Cadernos de queixas do Terceiro Estado: Cahiers de Doléances. Disponível em: <<http://historia22a2013.blogspot.com.br/2013/10/cadernos-de-queixas-do-terceiro-estado.html>>. Acesso em 23/09/2018.

FABIANO, Ruy. Sucursais do inferno. *Blog do Noblat – O Globo*. 23/11/2013. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2013/11/sucursais-do-inferno-516036.html>>. Acesso em 23/09/2018.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Ebook. Disponível em: <[http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A\\_Microfisica\\_do\\_Poder\\_-\\_Michel\\_Foucault.pdf](http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf)>. Acesso em 15/09/2018.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: o nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 20ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. Série Debates. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

GONÇALVES, Eduardo. Pedrinhas: a barbárie em um presídio fora de controle. Veja. 04/01/2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acesso em 28/09/2015.

KELSEN, Hans. Sobre a teoria das ficções jurídicas. Com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihiger. Trad.: Vinícius Matteucci A. Lopes. ViaVerita: Rio de Janeiro, 2012.

MIGUEL, Luis Felipe. Mito e discurso político: uma análise a partir da campanha eleitoral de 1994. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2000.

NADAL, Fábio. A constituição como mito: o mito legitimador da Constituição. São Paulo: Método, 2006.

PROENÇA FILHO, Domício (dir.) melhores contos – Machado de Assis. São Paulo: Global, 2004.

SCORLESE, Eduardo. Presos filmam decapitados em penitenciária do Maranhão. Folha de S. Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml>>. Acesso em 23/09/2018.

STRICKLAND, Carol. Múltiplos Estilos. Disponível em: <<http://multiplosestilos.blogspot.com.br/2010/04/luxo-palacio-de-versalhes.html>>. Acesso em 24/09/2018.

VIVIANI, Oswald *et al.* Morre criança queimada em ataques a ônibus em São Luís. O Globo. 06/01/2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/morre-crianca-queimada-em-ataques-onibus-em-sao-luis-11218068>>. Acesso em 24/09/2018.



# **Novo código de processo civil: reflexões expectativas e aplicabilidade frente à atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça**

Fábio José Furtado Remedios Kasahara

*Especialista em Sistema Penal e Execução Penal, Direito Penal e Criminologia, Mestrando em Direitos Fundamentais, Advogado Criminalista.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.17

## RESUMO

O presente texto tem como objetivo apresentar as estratégias legais pelas quais a nova legislação processual civilista, buscou dotar o Judiciário de instrumentos capazes de viabilizar uma maior celeridade na prestação jurisdicional e uma maior segurança jurídica àqueles que precisam fazer uso da máquina judiciária estatal, que irá ser apresentada na primeira parte. Na segunda parte, será traçada uma discussão sobre o Superior Tribunal de Justiça sua posição jurídico-política e seu papel constitucional na república federativa brasileira. Na terceira parte por fim, se buscará demonstrar de que maneira o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) se utilizará de mecanismos para buscar a superação da Jurisprudência Defensiva no STJ. Orienta-se pelo método da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** novo código de processo civil. Superior Tribunal de Justiça. admissibilidade recursal. jurisprudência defensiva.

## ABSTRACT

This text aims to present the legal strategies by which the new civil procedural legislation sought to provide the Judiciary with instruments capable of enabling greater speed in the jurisdictional provision and greater legal security for those who need to make use of the state judicial machine, which will be presented in the first part. In the second part, a discussion will be drawn on the Superior Court of Justice, its legal-political position and its constitutional role in the Brazilian federative republic. Finally, in the third part, it will be sought to demonstrate how the New Code of Civil Procedure (Law 13.105/15) will use mechanisms to seek to overcome Defensive Jurisprudence in the STJ. It is guided by the method of bibliographical research.

**Keywords:** new code of civil procedure. superior court of justice. appeal admissibility, defensive jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

No mês de outubro de 2009, por iniciativa do então presidente do Senado, José Sarney, foi instituída uma comissão de juristas destinada a elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Presidida por Luiz Fux, e tendo como relatora Teresa Arruda Alvim Wambier, a comissão foi composta por nomes importantes na doutrina brasileira, tais como Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina e José Roberto dos Santos Bedaque.

Após cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, em 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.105, instituindo assim o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 17 de março de 2016.

Buscou-se no novo código, gerar um processo mais célere, mais justo, mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. Procurou-se, nas palavras de Teresa Arruda Alvim, “fazer com que cada processo ‘renda’ mais, o que significa que, quando chegar ao fim, tenha sido, de fato, resolvida integralmente a controvérsia subjacente”.

Não é difícil perceber, portanto, que a jurisprudência defensiva aplicada pelas cortes superiores se incluindo nesta realidade o STJ, se encontra em sentido diametralmente oposto aos objetivos almejados pelo novo CPC, razão pela qual foram previstos, em sua redação, inúmeros dispositivos voltados a, de forma direta ou indireta, extirpá-la, completa e totalmente da prática judiciária brasileira.

Indiretamente, contribuem para a eliminação dessa postura defensiva aquelas previsões que irão promover uma redução do número de processos que efetivamente demandem uma análise do STJ por meio dos recursos especiais.

Influenciando diretamente, por sua vez, há aqueles dispositivos que tratam de forma expressa acerca do juízo de admissibilidade dos recursos, determinando posicionamentos diferentes dos excessivamente formalistas que vêm sendo aplicados pela Corte Superior.

Desde logo, serão indicadas algumas inovações implantadas no texto legal, como a determinação atinente à interpretação da novel legislação em consonância com a Constituição Federal, consubstanciada na inserção de princípios constitucionais.

Sendo assim, este trabalho foi delineado a partir da coleta de informações oriundas de pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, bem como de fontes legais, provenientes, especialmente, da Constituição Federal, do projeto de reforma da Lei Processual Civil e dos textos normativos extraídos do CPC/73 e do CPC/2015. Tais elementos subsidiaram a elaboração do estudo em tela, demonstrando a relevância da exposição com o fim de promover esclarecimentos sobre as determinações estatuídas na nova lei, as quais passaram a reger a atuação jurisdicional e os procedimentos judiciais no país.

## **REFLEXOS PRÁTICOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO NCP PARA UMA EFICAZ PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Relevante papel na novel legislação civilista pode-se considerar a implementação de exigências atinentes ao ato decisório revelando que o exercício da atividade judicante, especialmente no que concerne à justificação das decisões, assume especial relevo após a promulgação da nova Lei Processual. O magistrado sujeita-se ao império do comando normativo, que regula a forma como deve produzir o seu convencimento e apresentar a sua motivação.

Nesse sentido, os pronunciamentos judiciais configuram-se mecanismos de legitimação e fiscalização jurisdicional, eis que promovem o conhecimento das razões de decidir adotadas pelo órgão julgador, viabilizando o controle de sua atuação.

O Novo Diploma Processual, objetivando definir parâmetros interpretativos e balizadores de seu texto normativo, privilegiou alguns princípios constitucionais que elucidam a ideologia norteadora de sua elaboração, esclarecendo o propósito para o qual foi criado. Por conseguinte, o novo código reafirma os princípios da duração razoável do processo, inafastabilidade da jurisdição, isonomia processual, devido processo legal, contraditório, legalidade, publicidade e, dentre outros, incluiu o princípio da motivação das decisões judiciais como forma de enfatizar a imprescindibilidade do mandamento acerca da justificação dos pronunciamentos. Igualmente, resultou ressaltada a inarredável necessidade de compatibilização entre os provimentos jurisdicionais e os primados da Lei Maior.

Consigna-se, nesse desiderato, que a Constituição Federal e o sistema processual como um todo detêm estreita relação, servindo a Lei Magna como alicerce para o exercício da atividade jurisdicional e para a efetivação do devido processo legal inerente ao Estado Democrático de Direito. (PORTO, 2022).

Outrossim, tanto a seara processual civil, como os demais ramos processualísticos do ordenamento pátrio, rege-se e é disciplinados pelas normas constitucionais. Logo, prerrogativas fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, a garantia à produção de provas lícitas, o direito ao duplo grau de jurisdição, entre outros, deve ser observado com rigor pelos operadores jurídicos, representando, tais mecanismos, a íntima relação existente entre as diretrizes de caráter constitucional-processual e as disciplinas processuais, as quais sabidamente devem subordinação àquelas. (PORTO, 2022).

Sérgio Gilberto Porto (2022, p. 9), ao refletir sobre o projeto do Novo Estatuto Processual, leciona nesse sentido, afirmando que o processo “[...] deverá ser compreendido a partir de determinados primados constitucionais [...]” de modo que será empregado para a concreção dos desígnios da Lei Maior e

[...] não mais apenas como instrumento de realização do direito material infraconstitucional. Há, pois, no projeto, clara opção ideológica e indiscutível norte fixado em favor da ideia de intensa constitucionalização do processo civil coevo. (PORTO, 2022)

Com essa intenção, o artigo 11, do CPC/2015, cuja redação pautou-se no teor do artigo 93, IX, da Constituição Federal, consagra o princípio da motivação dos pronunciamentos ao determinar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. ”

De igual sorte, o artigo 371, do CPC/2015 assinala a exigência de fundamentação judicial, prescrevendo a justificação da decisão quando da avaliação dos elementos de prova: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. ”

Assim sendo, o Novo Código de Processo Civil, em sintonia com o texto constitucional, passa a abordar a fundamentação das decisões como um direito a ser assegurado ao cidadão para o fim de obter um pronunciamento que contemple o devido processo legal.

Também não há como se negar que na elaboração do novo CPC foram levadas em consideração as insatisfações da sociedade e dos operadores do Direito com o sistema processual vigente, fruto do passar do tempo e das transformações nas relações sociais.

É notável, pela leitura da nova legislação processual, que se buscou dotar o Judiciário de instrumentos capazes de viabilizar uma maior celeridade na prestação jurisdicional e uma maior segurança jurídica àqueles que precisam fazer uso da máquina judiciária estatal.

No que diz respeito à esfera recursal, e, mais especificamente, ao Superior Tribunal de Justiça, objeto de análise do presente texto, nota-se que inúmeras modificações presentes no novo CPC irão afetar diretamente a sua forma de prestação jurisdicional.

A primeira modificação que pode ser citada diz respeito exatamente à superação da jurisprudência defensiva. O STJ, a partir da vigência do novo CPC, não poderá mais se valer das barreiras formalistas que são hoje motivo de inadmissibilidade de inúmeros recursos especiais.



Pelo contrário, os Ministros deverão buscar ao máximo a resolução do mérito das controvérsias. Assim, é necessário que a jurisprudência da Corte Especial se adapte a essa nova racionalidade imposta pelo NCPC, que, ressalte-se, representa um grande passo na consolidação do efetivo acesso à justiça, bem como do STJ como Corte uniformizadora da legislação federal infraconstitucional.

Não se espera semelhante resultado, no entanto, de outras novidades implantadas na nova legislação. Já se fala, inclusive em um verdadeiro “estrangulamento” do recurso especial como decorrência da alteração no procedimento de seu juízo de admissibilidade, que passará a ser feito apenas no STJ.

Os próprios Ministros da Corte já manifestaram a sua preocupação com a eliminação desse filtro recursal, que poderá agravar o problema do excesso de demandas, conforme se depreende dos seguintes dados estatísticos.

“No caso do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, num período aproximado de 16 meses, foram proferidas aproximadamente 26 mil decisões negando seguimento a recurso especial ou extraordinário. Dessas 26 mil decisões foram interpostos aproximadamente 17 mil agravos de instrumento ao STJ ou STF visando à subida dos recursos extraordinários ou especiais não admitidos. Portanto, aproximadamente 9 mil processos foram encerrados nos tribunais de apelação, não subindo aos tribunais superiores. (BRASIL, 2014)

Essa tentativa do novo CPC de aproximar o ordenamento jurídico brasileiro daquilo que se verifica nos sistemas do *common law*, nos quais prevalece o sistema de precedentes judiciais e a regra do *stare decisis*, seria, para Nery e Abboud, uma tentativa frustrada, uma vez que isso não poderia ser imposto por meio de um Código ou qualquer outra alteração legislativa. Nessa senda, afirmam que:

“[...] o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico da experiência jurídica daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante. Aliás, frise-se que não há dispositivo constitucional ou lei que determine aos tribunais inferiores orientarem-se de acordo com os precedentes das Cortes Superiores.” (BRASIL, 2022)

Corroborando esse entendimento, Mancuso destaca que o tratamento massivo de processos é, na realidade, a representação de uma política de cunho meramente quantitativo, que tem por objetivo apenas a redução do estoque de processos, enfrentando, assim, apenas as consequências da crise numérica, deixando as suas causas em aberto. Isso, segundo o doutrinador, assim como manifestado por Nelson Nery e Georges Abboud, traz riscos à prestação jurisdicional, uma vez que:

“[...] o exagero no manejo de processos sob a óptica singelamente quantitativa, arrisca degenerar num simulacro de jurisdição, já que as pretensões individuais, em verdade, não são propriamente julgadas, mas sim uma tese jurídica, destacada no processo paradigma, a qual, uma vez assentada na decisão-quadro, é estendida aos demais processos iguais sobrestados na origem.” (NERY E ABOUD, 2013. p. 489)

Essas críticas, no entanto, encontram sua contrapartida no próprio texto da Lei 13.105/15, que, em seu artigo 489, § 1º, estabelece a obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões judiciais. Assim, os magistrados deverão seguir as seguintes diretrizes na prolação de suas decisões:

“§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Nota-se, portanto, principalmente pelas previsões dos incisos IV e V do artigo supracitado, que a implementação de um sistema de precedentes vinculantes não terá como efeito o afastamento da individualização dos direitos levados à análise do Judiciário. Isso porque se torna obrigatória uma cultura argumentativa na atividade jurisdicional.

Conclui-se, assim, que, mediante a implementação simultânea de todos os instrumentos disponibilizados pelo novo CPC, será viabilizada uma melhor prestação jurisdicional por parte do STJ, de forma mais consonante com a Constituição Federal, e com uma satisfação maior por parte dos jurisdicionados. No entanto, deve-se ressaltar que apenas a imposição legal não é garantia de efetivo funcionamento das mudanças instituídas no novo CPC, uma vez que há um elemento primordial para que isso ocorra: a mudança cultural.

Isto significa que, de modo a haver uma efetiva alteração do cenário jurídico brasileiro, é necessária uma transformação na mentalidade dos operadores do direito e do processo, bem como dos jurisdicionados. É necessário, por exemplo, que haja uma divulgação ampla acerca dos benefícios da autocomposição, de modo a eliminar a cultura demandista existente no país. Ademais, é fundamental que os magistrados aceitem a superioridade das decisões emanadas pelos Tribunais Superiores, respeitando os precedentes exarados por esses, sem que se entenda que isso estaria a ferir a sua autonomia. Aos advogados, por sua vez, caberá incentivar os seus clientes à realização de acordos.

## **Superior tribunal de justiça sua posição jurídico-política e seu papel constitucional na república federativa brasileira**

A Constituição Federal de 1988 prevê a existência de cinco Tribunais Superiores, sendo três deles competentes para apreciação das matérias especializadas (trabalhista, militar e eleitoral), e dois deles responsáveis pela análise das matérias comuns. Tratando especificamente da Justiça Federal Comum, tem-se, como tribunais de superposição, o STF e o STJ. A função atribuída a cada um deles se assemelha em muitos aspectos, diferenciando-se basicamente no âmbito de atuação de cada um deles, haja vista que ao STF compete cuidar das questões constitucionais, enquanto ao STJ cabe zelar precipuamente pelo ordenamento federal infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, como inovação, a instituição do Superior Tribunal de Justiça. Prevista no artigo 104, da Norma Maior, estabeleceu-se que esta nova Corte seria composta por, no mínimo, trinta e três Ministros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal, com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada. Determinou-se, também, que um terço destas vagas deveria ser reservado a juízes de Tribunais Regionais, um

terço a desembargadores dos Tribunais de Justiça, e mais um terço, dividido em partes iguais, entre membros do Ministério Público (federal, estadual, e do Distrito Federal e Territórios) e advogados.

Criado como um desmembramento do STF, o STJ foi inserido na estrutura do sistema judiciário brasileiro como um Tribunal de superposição da Justiça Federal infraconstitucional, localizando-se na estrutura hierárquica logo acima dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, com exercício de sua jurisdição em todo o território nacional.

No que tange às competências atribuídas à nova Corte, o constituinte, preocupado com “a completude da atividade jurisdicional do STJ, (que deveria ser) capaz de abranger todas as hipóteses de relevo no quadro da judicatura infraconstitucional”, atribuiu a ele uma função principal e outras residuais.

Sobressaindo como sua função principal, cabe ao STJ julgar os recursos especiais, cabíveis contra as decisões de única ou última instância dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, que se enquadrem em alguma das hipóteses previstas no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Aludido dispositivo prevê o cabimento do recurso especial das decisões que: a) contrariem tratado ou lei federal, ou lhes negue vigência; b) julguem válidos atos de governo local contestados em face de lei federal; ou c) deem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

As demais competências do STJ, por sua vez, dividem-se em duas, originária e recursal ordinária, assim sintetizadas nas palavras de Humberto Martins :

“De modo residual, o STJ funciona como órgão de cognição primária de causas, quando atua como Juízo originário, em ações de natureza específica, alçadas ao STJ em razão da importância dos sujeitos e dos valores constitucionais envolvidos. É, ainda, residual a função de rejulgar ordinariamente causas decididas pelos Tribunais de Justiça e regionais federais”.

No período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, competia ao STF a guarda tanto do direito constitucional quanto do direito infraconstitucional. Com o desmembramento realizado pelo constituinte, o STJ passou a exercer o papel de guardião do direito federal comum, cabendo a ele exercer um controle sobre a forma com que a legislação federal é interpretada e aplicada nas instâncias inferiores. Viabilizou-se esse controle por meio da utilização do recurso especial, que teve o seu âmbito de cabimento delimitado no artigo 105, III, da Constituição Federal.

Assim, merecem destaque as alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, que preveem:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III- julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; [...]”

Destaca-se, inicialmente, o fato de que, assim como ocorre no recurso extraordinário, as decisões a serem reexaminadas em sede de recurso especial devem ser irrecorríveis ordinariamente, nos Tribunais de origem, sendo os recursos extraordinários a última e única via passível de impugnação da decisão proferida. Depreende-se, ainda, da expressão “causas decididas em

única ou última instância”, a necessidade do prequestionamento da matéria tratada no recurso especial, ou seja, que ela tenha sido previamente decidida no julgado que se impugna.

Exsurge, ainda, a necessidade de se definir o alcance que o legislador constitucional buscou atribuir à expressão “lei federal”. De pronto, nota-se que ficam excluídas da apreciação do STJ as decisões proferidas com fulcro em direito local (estadual, distrital ou municipal), incidindo, nesse caso, a orientação fixada na Súmula 280 do STF, aplicável analogicamente ao recurso especial, que afirma que “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Segundo Didier Jr., a expressão “lei federal” possui o seguinte alcance:

“Lei federal, para efeito de cabimento de recurso especial, é expressão que engloba os seguintes diplomas: a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal.” (DIDIER JR, 2009)

O doutrinador destaca, ainda, que os demais atos normativos, tais como portarias, instruções normativas, resoluções e decretos legislativos, não ensejam a interposição de recurso especial. Nesse sentido, precedente do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA N. 13/STJ. ALEGAÇÃO DE OFENSA A RESOLUÇÃO E CIRCULAR. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. [...] 3. É incabível, em recurso especial, a alegação de ofensa a atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares, portarias, instruções normativas, entre outros, visto não se enquadrarem no conceito de lei federal. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 415.689/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)”

Assim, sempre que os Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça emitirem decisões que contrariarem alguma lei federal, considerada no sentido exposto, caberá a provocação do STJ por meio da interposição de recurso especial.

A alínea b traz, ainda, a possibilidade de controle especial quando a decisão impugnada julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, ou seja, quando, havendo um contraste entre um ato de governo local e uma lei federal, o Tribunal a quo entender pela validade do primeiro, violando a lei.

Importante destacar que, como alerta Bernardo Pimentel, esse dispositivo não permite a discussão sobre a interpretação do ato local, e não viabiliza a interposição de recurso especial se a impugnação deste ato se der à luz da própria legislação local.

É esse, portanto, o controle que o STJ exercerá sobre a aplicação da legislação federal infraconstitucional comum, com a importante ressalva de que, neste controle, em função de sua natureza extraordinária, não é permitido o reexame de fatos e provas. Neste sentido, a orientação da Súmula nº 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

A terceira hipótese de cabimento do recurso especial, que, como visto, competia anteriormente ao STF, por meio do recurso extraordinário, dirige-se a impugnar aquelas decisões que derem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído um outro tribunal, ou seja, nos casos em que houver divergência jurisprudencial.

A interposição do recurso especial nesses casos é de grande relevo, uma vez que leva

ao conhecimento do STJ a existência de entendimentos divergentes a respeito de determinada matéria, viabilizando, assim, o exercício de sua missão constitucionalmente prevista de uniformizar a jurisprudência nacional

Em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, quando esta função ainda era atribuída ao STF, José Afonso da Silva já manifestava a importância dessa uniformização, porquanto, no seu entendimento:

“De nada valeriam os outros motivos do Recurso Extraordinário, como instrumento da inteireza, da validade ou da autoridade da lei federal, se se deixasse a interpretação das normas jurídicas ao descontrolo, entregue às inclinações pessoais ou regionais dos julgadores.” (SILVA, 2013)

Neste sentido, cumpridas todas as exigências, caberá ao STJ, mediante o cotejo analítico desses julgados proferidos em sentidos divergentes, em uma verdadeira atividade de abstração, extrair o sentido essencial do texto normativo sob o qual se fundaram os precedentes. Desse modo, será ele capaz de determinar a melhor interpretação para a lei federal analisada, uniformizando, assim, a jurisprudência nacional.

Nesta toada, os Estados que adotam o federalismo, tal como o Brasil, caracterizam-se pela coexistência entre a soberania do Estado Federal como um todo, e a autonomia dos Estados-membros. Essa autonomia, por sua vez, reveste-se de uma descentralização de poder, pela qual permite-se às unidades estatais, por suas próprias autoridades, executar as leis e, ainda, elaborá-las. A federação caracteriza-se, assim pela existência, de duas ordens legais sobre um mesmo território: as de autoridade federal e as de autoridade estadual.

De modo a evitar conflitos de competência e de assegurar a eficácia das ações estatais, adotou-se o regime de repartição de competências. No Brasil, esta divisão foi realizada de uma forma mais centralizadora, uma vez que se reservou a maior parte das competências legislativas à União, enumerando, ainda, algumas competências aos Municípios, e deixando para os Estados-membros apenas as competências residuais. Ademais, mesmo nos casos em que a competência é assegurada aos três entes federativos, de modo concorrente, assegurou-se à União o dever de editar as normas gerais, a serem observadas pelos outros entes.

Dentro da sistemática federativa, distribuiu-se, no Brasil, o Poder Judiciário entre os diversos Estados-Membros da Federação, de modo que, não obstante a maior parte do Direito brasileiro seja de origem federal, a sua aplicação, em grande parte, é realizada pelos juízes e Tribunais Estaduais, bem como pelos juízes federais e Tribunais Regionais Federais, que são independentes entre si.

Essa característica, segundo análise de Medina, torna impossível a “uniformidade de entendimento acerca do direito federal perante todos os tribunais locais”. Decomain (2010, p. 99-114), em semelhante constatação, explica o porquê disso:

“O cenário que se tem, portanto, consiste em haver de um lado a aplicação da maior parte do direito federal por Tribunais Estaduais ou do Distrito Federal, com a evidente possibilidade da discrepância entre eles no que tange à interpretação de um mesmo dispositivo, e, de outro, a aplicação de normas de direito federal na solução de lides da competência da Justiça Federal, também por diferentes Tribunais Regionais autônomos, com a igual eventualidade de que um mesmo texto normativo receba deles interpretações divergentes entre si”. (DECOMAIN, 2010, p. 99-114)

Essa divergência se deve ao fato de que, muito embora nos sistemas de civil law, nos quais se insere o ordenamento jurídico brasileiro, os juízes estejam vinculados à letra da lei, devendo decidir consoante o que está ali disposto, sempre fundamentando suas decisões com referências legais, a sua atividade não consiste em uma atuação mecânica, com a simples aplicação objetiva de um preceito normativo a um caso concreto. A subsunção das normas jurídicas exige do juiz uma verdadeira interpretação, uma constante busca dos seus significados, tendo em vista a presença de inúmeros conceitos vagos, indeterminados e abertos. A importância dos juízes, como intérpretes, é explicada por Barroso (2010):

“O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.”

Acresce, ainda, Maria Helena Diniz (2010), que, à medida que o tempo passa, “a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social”. Assim, cabe ao juiz extrair a essência da norma e adaptá-la para o caso concreto.

A solução adotada foi, como visto, a criação do Superior Tribunal de Justiça, que possui, desde então, o caro dever de ser o guardião do direito infraconstitucional comum, uniformizando, por meio do recurso especial, as mais diversas interpretações dadas ao mesmo dispositivo de lei federal, evitando a fragmentação da exegese dessas legislações, e, conseqüentemente, o enfraquecimento da própria federação.

Insta destacar que essa atividade não tem o objetivo de, servir de mordaza às manifestações das instâncias inferiores, e, sequer, impedir a liberdade de interpretação das normas. O que se busca é um equilíbrio entre a uniformização da interpretação e a liberdade decisória do magistrado. Esse equilíbrio é viabilizado por meio da mutação da jurisprudência, que poderá ocorrer sempre que se comprovar uma alteração no contexto social, que influencie na aplicação de determinada norma, proporcionando uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

## **O combate direto do novo CPC pela superação da jurisprudência defensiva no STJ**

Quando da implementação de um Novo Código de Processo Civil ou, até mesmo, em momento em que não haja substituição do dispositivo legal, reavaliar os institutos já empregados, ainda que consagrados, possibilita o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Da mesma forma, não há que se embargada a introdução de novos institutos se necessário for.

Os recursos especial e extraordinário, este recepcionado pela Constituição de 1891 e de competência do Supremo Tribunal Federal, aquele de competência do Superior Tribunal de Justiça e recepcionado na Constituição de 1988, são considerados os recursos de natureza não ordinária por não realizarem mero reexame da decisão recorrida.

Já na década de 50, quando o recurso especial ainda não figurava no ordenamento jurídico, no Supremo Tribunal Federal apresentou-se uma crise sem precedentes. Com o aumento

quase que exponencial do número de demandas ajuizadas, o Poder Judiciário encontrava-se em uma situação caótica, haja vista sua estrutura defasada para julgá-las de forma adequada e ágil. Havia, já naquela época, muita disparidade entre os processos que ingressavam na Corte Suprema e os que eram julgados.

Com o intuito de estancar a crise que assolava o STF, a Constituição de 1988 cindiu a matéria atinente ao recurso extraordinário, o qual tratava de matéria constitucional e federal até então. O recurso extraordinário, a partir daí, passou a julgar somente matéria constitucional, enquanto as matérias de cunho federal ficariam a cargo do novo recurso excepcional previsto: o recurso especial.

Contudo, de nada adiantaria criar uma nova modalidade de recurso, dividindo a competência do recurso extraordinário, se ambos continuassem a ser julgados pelo mesmo órgão, dotado das mesmas limitações. Criou-se, então, na mesma Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, autodenominado de Tribunal da Cidadania.

Entretanto, Conforme Elaine Harzheim Macedo (2015), essa estratégia que visava amenizar a crise sobre o STF não repercutiu o resultado esperado. Eram, naquele momento, dois os tribunais mergulhados na crise. Isso ocorreu pelo fato de que as Cortes Superiores vinham funcionando como uma espécie de terceiro grau de jurisdição. Ótima representação da estrutura judiciária enquanto causadora da crise:

Diversas seriam as razões para o fenômeno da numerosidade dos processos, mas, relativamente às instâncias superiores, uma das principais causas é a inexistência de filtros recursais eficientes, impedindo que o sistema de sobreposição de instâncias julgadoras se converta na figura de um cone, quando rigorosamente deveria ser piramidal. (MACEDO, 2015)

Pertinente, então, a exigência do prequestionamento para a admissibilidade recursal, prevista antes mesmo da Constituição de 1946, enquanto tentativa de freio aos recursos interpostos perante as Cortes Superiores.

Com o intuito de livrar-se da incumbência que lhe cabe, criou-se no âmbito dos Tribunais o famigerado checklist, cujo objetivo é encontrar algum vício, ainda que sanável, para justificar a inadmissibilidade do recurso e, assim, não se dar ao trabalho – e à demora – de lhe julgar o mérito.

Resta configurada, assim, uma total inversão de valores, o juízo de admissibilidade que deveria ser uma análise rápida para mera verificação de ter ou não o recurso interposto condições de ser julgado, transformou-se no objeto central do juízo.

As Cortes Superiores vislumbraram no juízo de admissibilidade uma possibilidade de liquidar o processo prematuramente e, com isso, faz-se uma exaustiva análise de admissibilidade em busca de qualquer irregularidade formal que justifique sua inadmissibilidade e a consequente negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal *ad quem*.

Já não bastassem essas previsões, o legislador atentou-se a disciplinar expressamente no novo CPC as regras de admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais, de modo a eliminar, ou ao menos minimizar, os entendimentos excessivamente formalistas e controversos que vêm sendo reiteradamente aplicados pelos Tribunais Superiores.

Uma grande mudança implantada no novo CPC, diz respeito à passagem do juízo duplo de admissibilidade que vigora atualmente, para um juízo único a ser realizado na Corte Superior, conforme prevê o artigo 1.030:

“Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.” (BRASIL, 2022)

Passa, portanto, a ser competência unicamente do STJ o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, que, por sua vez, deverá ser realizado conforme as novas determinações do CPC, dirigidas, em sua maior parte, em sentido oposto ao que tem sido aplicado por essa Corte.

Esse é o caso, por exemplo, do artigo 1.024, §§ 4º e 5º, do novo CPC234, que dispõem:

“Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. [...] § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração. § 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.” (BRASIL, 2022)

Elimina-se, portanto, a exigência de ratificação do recurso especial interposto anteriormente aos embargos de declaração, caso esses não tragam qualquer modificação no julgamento da controvérsia, esvaziando de sentido a Súmula 418 do STJ, e adotando efetivamente o princípio da complementariedade.

Outra grande inovação trazida pela Lei 13.105/15 altera grande parte do entendimento atual do STJ no que se refere ao preparo recursal. Disciplinado no artigo 1.007, do NCP, o preparo passa a ser regido da seguinte forma:

“Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º. § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecurável, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.”

Merecem destaque os §§ 4º e 7º, que são representações explícitas da busca do novo CPC pela eliminação do excesso de formalismo processual e valorização do caráter instrumental do processo. Conforme dispostos nesses parágrafos, a deserção deixará de ser aplicada de imediato naqueles casos em que o preparo não for comprovado devidamente ou que houver



equivoco no preenchimento das guias, uma vez que será dada ao recorrente a oportunidade de sanar qualquer um desses vícios, possibilitando, assim, uma perseguição maior à resolução do mérito da controvérsia.

Pacificou-se, ainda, com a edição do novo CPC, os diversos entendimentos relativos à forma de obtenção do prequestionamento das questões debatidas nos recursos especiais. Ficou estabelecido em seu artigo 1.025235, que:

“Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” (PORTO,2022)

Depreende-se, portanto, que o entendimento configurado na Súmula 211 do STJ, no sentido de não se considerar prequestionada a questão que, embora suscitada em embargos de declaração, não tenha sido analisada pelo tribunal a quo, não possui mais âmbito de aplicação, pois, nesse caso, estará sim configurado o prequestionamento.

Ademais, ainda no que tange à obtenção do prequestionamento, dispôs o § 3º do artigo 941 que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”, eliminando, assim, a possibilidade de aplicação da Súmula 320 do STJ, que orienta em sentido contrário.

Quanto ao cabimento do recurso especial, face a grande dificuldade existente, em alguns casos, de se determinar se a questão possuir teor constitucional ou infraconstitucional, o que acabava resultando na inadmissibilidade de inúmeros recursos especiais e extraordinários, considerados erroneamente interpostos. Isso, todavia, foi solucionado no novo CPC, ao prever um diálogo constante entre o STF e o STJ, com a fungibilidade dos seus respectivos recursos, evitando o prejuízo dos recorrentes, no seguinte sentido:

“Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça. Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.” (MACEDO, 2015)

Por fim, corroborando todas as medidas constantes do novo Código que possuem o objetivo claro de eliminar de uma vez por todas a chamada jurisprudência defensiva, ficou estabelecido no artigo 1.029, § 3º, que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Pretendeu-se com isso, como exposto na motivação do novo CPC, permitir que:

“Os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes.” (BRASIL, 2022)

Valorizou-se, portanto, a efetivação do direito por meio da resolução do mérito das controvérsias, de modo a garantir um verdadeiro acesso à Justiça aos recorrentes, e, ainda, permitir

que os Tribunais Superiores possam efetivamente cumprir as suas funções constitucionais de uniformização jurisprudencial. Para isso, legislou-se de modo a permitir o máximo aproveitamento do instrumento processual, em consonância com o princípio da instrumentalidade do processo, eliminando-se a tão criticável jurisprudência defensiva.

Assim, por meio de um esforço conjunto entre os envolvidos na relação processual, será possível que as boas perspectivas existentes em torno do novo CPC venham a ser efetivadas, especialmente no âmbito do STJ, uma vez que se viabilizará a sua efetiva atuação como uniformizador do direito federal infraconstitucional.

O novo CPC, portanto, deve ser implementado como um todo, não sendo possível que uma ou outra previsão não seja efetivamente observada, sob pena de que todos os avanços alcançados por meio da eliminação da jurisprudência defensiva acabem sendo substituídos por novas práticas arbitrárias, em prol unicamente da redução do número de processos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso Federal. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: acesso em: 20 nov. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso de Revista. AgRg no AREsp 415.689/PR. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 2 de outubro de 2014. Disponível em: Acesso em: 2 nov. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: Acesso em: 2 out. 2022.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Interpretação Extensiva e Analogia: um Ensaio de Distinção e o Papel do STJ. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 86, p. 99-114, maio 2010.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 7. ed. Bahia: Jus Podium, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim; SCALZILLI, Roberta. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo código de processo civil. Artigo publicado na Revista de Processo n. 246, 2015

MARTINS, Humberto. Origem, estrutura e funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça: 20 anos de jurisdição federal. Revista do Advogado, São Paulo, v. 28

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs Direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 489

O WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O CPC projetado, os recursos e o maior rendimento do processo.

PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130430103936.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130430103936.pdf). Acesso em: 01 set. 2022.

SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 228.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



## **O princípio da proporcionalidade e a limitação dos direitos fundamentais**

---

Marco Antônio Hansen  
Rodrigo Sehn

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.18

## RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar o princípio da proporcionalidade e sua aplicação na limitação dos direitos fundamentais. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto, com objetivo de buscar maiores informações sobre o tema. O princípio da proporcionalidade é um princípio fundamental do direito constitucional que estabelece que a restrição de um direito fundamental deve ser proporcional à finalidade perseguida. O estudo aborda como esse princípio é utilizado para equilibrar os interesses individuais com os interesses coletivos e como é aplicado na prática. O estudo também discute as críticas ao princípio da proporcionalidade e sua eficácia na proteção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** princípio da proporcionalidade. limitações dos direitos fundamentais. interesses individuais e coletivos. direito constitucional.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the principle of proportionality and its application in the limitation of fundamental rights. Through a literature review with bibliographic research in which information is sought in books, magazines, publications and other materials on the subject, with the aim of seeking more information on the topic. The principle of proportionality is a fundamental principle of constitutional law that establishes that the restriction of a fundamental right must be proportional to the purpose pursued. The study addresses how this principle is used to balance individual interests with collective interests and how it is applied in practice. The study also discusses the criticisms of the principle of proportionality and its effectiveness in protecting fundamental rights.

**Keywords:** principle of proportionality. limitation of fundamental rights. individual and collective interests. constitutional law.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são garantias básicas que asseguram as liberdades e proteções dos indivíduos e das minorias em uma sociedade. Eles são protegidos pela Constituição e por tratados internacionais de direitos humanos e são essenciais para o funcionamento de uma sociedade democrática. São os princípios fundamentais para salvaguardar a dignidade humana, a liberdade e a justiça.

Eles são considerados como sendo inalienáveis e intransferíveis, ou seja, não podem ser negados ou retirados. No contexto do direito, os direitos fundamentais são aqueles que asseguram a liberdade e a segurança dos indivíduos, bem como sua participação efetiva na sociedade. Em alguns casos, no entanto, esses direitos podem entrar em conflito com outros interesses públicos, o que requer consideração cuidadosa para garantir sua harmonia.

A Constituição é considerada o principal meio de proteção dos direitos básicos, definindo os valores e regras que regem o funcionamento do Estado e a relação entre as pessoas e o

Estado. A preservação desses direitos fundamentais é crucial para assegurar a democracia e o Estado de Direito, requerendo esforços contínuos e desafiantes por parte dos órgãos públicos, sociedade e indivíduos.

Entretanto, esses direitos possuem limites e podem ser restringidos em determinadas situações, como a necessidade de equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse público, a necessidade de proteção de outros direitos fundamentais e a necessidade de proteger a segurança nacional e a ordem pública. Para garantir que essas restrições sejam justas e razoáveis, é aplicado o princípio da proporcionalidade, que estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao objetivo legítimo buscado e não devem ser maiores do que o necessário para alcançá-lo.

Esse princípio é aplicado para avaliar a legalidade das restrições aos direitos fundamentais, na interpretação das leis e na avaliação da conformidade das leis com a Constituição. Neste texto, serão discutidos os direitos fundamentais, suas limitações e o princípio da proporcionalidade, e como esses conceitos são fundamentais para garantir a proteção e o respeito aos direitos fundamentais de todos.

As restrições aos direitos fundamentais devem ser razoáveis e proporcionais para garantir justiça e equidade para todos. O princípio da proporcionalidade é uma ferramenta valiosa para garantir que esses direitos sejam protegidos de forma justa e equilibrada, e sua compreensão e aplicação são fundamentais para salvaguardar a democracia e proteger os direitos humanos.

Este estudo, abordará como o princípio da proporcionalidade é aplicado na limitação dos direitos fundamentais, bem como sua importância para a garantia da justiça e da democracia.

## DESENVOLVIMENTO

Os direitos fundamentais são considerados como aqueles que são primordiais para a dignidade humana e a convivência pacífica em sociedade. Esses direitos são garantidos por leis e constituições de cada país e incluem entre outros, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à educação, o direito à igualdade e o direito à liberdade de expressão.

A garantia dos direitos fundamentais é uma tarefa constante e desafiadora que requer ação dos órgãos públicos, sociedade e indivíduos. Embora seja um aspecto crucial do Estado democrático de direito, ainda existem obstáculos para a plena realização desses direitos em todo o mundo. Existem muitos casos de violação de direitos humanos, discriminação e exclusão social. Para garanti-los que sejam efetivamente protegidos, é necessário que sejam entendidos como “capacidades” e não apenas como “privilégios”. Significa que não basta apenas reconhecer os direitos fundamentais, é necessário assegurar que as pessoas tenham acesso às condições para efetivá-los. Não é suficiente ter direitos apenas formalmente estabelecidos, é necessário garantir que esses direitos sejam plenamente acessíveis e exercidos. Heinzmann, Clara, (2021, p. 12):

“...os direitos fundamentais são direitos universais, ou seja, são direitos normatizados na legislação nacional e internacional, que devem ser aplicados sem distinção a qualquer ser humano. São direitos necessários para a garantia da proteção dos direitos essenciais da pessoa, independentemente da posição que este sujeito de direito venha a ocupar na sociedade e de sua formação.”

Além disso, é necessário assegurar que os direitos fundamentais sejam estendidos a todos, incluindo as minorias e as pessoas vulneráveis, protegendo-os contra a discriminação e garantindo-lhes o acesso aos mesmos direitos e oportunidades que o resto da sociedade. Desta forma, podemos construir uma sociedade justa e inclusiva, que promova a dignidade humana e a convivência pacífica. Nas palavras de DALLARI, (2004, p. 7): “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes para uma sociedade democrática, pois permite que as pessoas possam expressar suas opiniões e ideias livremente, sem medo de repressão. A liberdade de expressão também é importante para o desenvolvimento da sociedade, pois permite a livre troca de ideias e o debate de questões importantes. Contudo, é preciso ter em mente que a liberdade de expressão tem limites e pode ser restringida a fim de proteger outros direitos fundamentais, tais como a integridade humana e a segurança coletiva.

A educação é considerada um direito fundamental para o pleno desenvolvimento humano e social. É através da educação que as pessoas podem expandir suas capacidades e habilidades, além de ser uma ferramenta eficaz para promover a igualdade e combater a pobreza. Entretanto, o acesso à educação de qualidade é crucial para garantir que as pessoas tenham as habilidades e conhecimentos necessários para participar plenamente da sociedade e exercer seus direitos e liberdades. Segundo Unesco, “a educação é um direito humano com um papel crucial na realização de outros direitos humanos” (UNESCO, 1948).

Já o direito da igualdade significa que não há espaço para discriminação ou preconceito e que todos devem ser tratados com igualdade perante a lei e na sociedade. Ele é fundamental para construir uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todos possam realizar seu potencial e ter acesso às mesmas oportunidades. A discriminação é uma violação desse direito e deve ser combatida através de políticas e ações afirmativas.

Assim entende Chimenti, (2010, p. 64):

“Doutrina e jurisprudência já assentaram o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos.”

O direito à vida, segurança e saúde também são considerados como direitos fundamentais. O direito à vida é um dos direitos mais básicos e essenciais, e é protegido por leis internacionais e constituições. Enquanto que o direito à segurança e à saúde são importantes para garantir que as pessoas possam viver com dignidade e segurança, sem serem expostas a ameaças ou perigos para sua vida ou saúde.

Além desses direitos mencionados, existem muitos outros direitos que também são considerados essenciais para a sociedade, como o direito à propriedade, o direito à privacidade, o direito à alimentação adequada, o direito à moradia e o direito à cultura.

O direito à propriedade é um aspecto importante da liberdade individual e da garantia dos direitos humanos. Ele permite que as pessoas tenham controle sobre seus bens e recursos, incluindo o direito de posse, uso e disposição. Além disso, esse direito protege contra a expro-

priação injusta e a invasão da propriedade privada.

O direito à privacidade garante que as pessoas possam ter controle sobre suas informações pessoais e sua vida privada. Incluindo o direito à proteção contra a vigilância excessiva, o direito à proteção contra a coleta e o uso indevido de informações pessoais, e o direito à proteção contra a exposição indevida de informações pessoais.

Outro direito é o da alimentação que garante que as pessoas tenham acesso a alimentos nutritivos e seguros. Isso inclui o direito à produção de alimentos, o direito à distribuição e o direito à assistência alimentar. O direito de ter acesso a uma alimentação adequada inclui também o direito de produzir e distribuir alimentos que sejam adequados culturalmente e que atendam às necessidades nutricionais específicas.

Também tem o direito à habitação e moradia que é básico e assegura que as pessoas possam ter acesso a um local seguro e adequado para morar. Esse direito inclui o direito de possuir ou de ser dono de uma casa, o direito de ter acesso a uma moradia acessível e adequada e o direito de ser protegido contra despejos arbitrários. Está incluso neste caso o direito à segurança e à privacidade no lar, bem como o direito à proteção contra a discriminação na busca por moradia.

Já o direito à cultura garante que as pessoas possam ter acesso à sua própria cultura e às expressões culturais de outras comunidades. Incluindo o direito da preservação e à promoção da cultura, o direito à participação em atividades culturais, e o direito à proteção de bens culturais. O direito à cultura engloba o direito à preservação da diversidade cultural e à liberdade de expressão cultural.

Cumprе salientar que além destes direitos existem muitos outros, tanto explícitos quanto implícitos, previstos na Constituição Federal de 1988. Estes direitos fundamentais, junto com outros, asseguram que as pessoas possam desfrutar de uma vida digna, com liberdade e segurança, e com acesso às condições necessárias para desenvolver suas habilidades e contribuir para a sociedade. A proteção e promoção destes direitos é vital para construir uma sociedade justa e inclusiva.

Os direitos fundamentais são assegurados por leis e instituições que garantem sua aplicação e defesa. Incluindo tribunais, órgãos de direitos humanos e organizações da sociedade civil. É importante que essas formas de proteção funcionem de forma independente e imparcial para garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos.

No entanto, vale lembrar que os direitos fundamentais nem sempre são respeitados e protegidos. Em alguns lugares do mundo, os direitos humanos são violados, e as pessoas vivem sem acesso à justiça e à proteção legal. Por isso, cabe destacar que devesse continuar lutando por esses direitos e pressionando as autoridades para que eles sejam sempre respeitados e protegidos.

Conforme Bolson, (2002, p. 82):

“A proteção aos direitos humanos, neste século, tem sua maior e fundamental expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual, segundo Bobbio, pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a afirmação dos direitos humanos enquanto sistema de princípios a serem respeitados pelos



estados que a subscrevem.”

Em suma, os direitos fundamentais são essenciais para garantir a dignidade humana e a convivência pacífica em sociedade. É responsabilidade de todos, especialmente do Estado, garantir a proteção e a efetivação desses direitos para todas as pessoas, sem distinção. A garantia desses direitos é crucial para construir uma sociedade justa, inclusiva e democrática. Nas palavras de Bobbio, (2004, p. 26):

“à Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido.”

Esses direitos são garantias básicas que asseguram as liberdades e proteções dos indivíduos e das minorias em uma sociedade. Entretanto, também podem ser restringidos e/ou limitados em determinadas situações.

A limitação dos direitos fundamentais é um assunto bastante complexo e delicado, pois são considerados como aqueles que são essenciais para a convivência pacífica em sociedade e dignidade humana. Portanto, em certas situações, pode ser necessário limitar esses direitos para proteger outros interesses importantes, como a segurança pública, a ordem pública, a moral pública e os direitos de terceiros.

Conforme a teoria da proporcionalidade, a limitação de um direito fundamental deve ser justificada e proporcional ao objetivo a ser alcançado. Isso significa que a restrição deve ser necessária e adequada para alcançar o objetivo proposto, e deve ser a menor restrição possível. Além disso, a restrição deve ser proporcionalmente justificada em relação ao objetivo perseguido e à gravidade da restrição imposta. Barros, (2003, p. 35) explica a origem de tal princípio:

“O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.”

Cabe ressaltar que o princípio da proporcionalidade estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao objetivo legítimo buscado e não devem ser maiores do que o necessário para alcançá-lo. Ou seja, a restrição aos direitos fundamentais deve ser proporcionalmente justificada pela sua finalidade e não deve ir além do que é necessário para alcançá-la.

Assim entende Heinzmann, (2021, p. 13):

O princípio da proporcionalidade faz a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. É por meio deste princípio, que o poder judiciário, em caso de conflito de direitos fundamentais, muitas vezes restringe os mesmos com o fim de proteger outros direitos também considerados fundamentais.

Este princípio é aplicado para avaliar a legalidade das restrições aos direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão, direito à privacidade, direito à propriedade, entre outros. A proporcionalidade é um mecanismo de equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse público, e é fundamental para garantir que as restrições aos direitos fundamentais sejam justas e razoáveis.

Para analisar a proporcionalidade, é importante avaliar três fatores: a proporcionalida-

de em sentido estrito, a proporcionalidade inversa e a proporcionalidade em sentido amplo. A primeira é a relação entre a restrição ao direito fundamental e o objetivo legítimo buscado. A segunda é a relação entre a restrição ao direito fundamental e a gravidade do objetivo legítimo buscado. A terceira é a relação entre a restrição ao direito fundamental e todas as outras medidas disponíveis para alcançar o objetivo legítimo buscado.

É de suma importância ressaltar que a proporcionalidade é uma ferramenta flexível e dinâmica, e que a sua aplicação depende das circunstâncias concretas de cada caso. Ademais, a proporcionalidade deve ser avaliada por um juiz imparcial e independente, que deve assegurar que a restrição ao direito fundamental seja proporcionalmente justificada e não vá além do que é necessário para alcançar o objetivo legítimo buscado. Conforme Barros, (2003, p. 37):

“A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos do cidadão.”

Resumindo, o princípio da proporcionalidade é um princípio fundamental do direito constitucional que estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao objetivo legítimo buscado e não devem ser maiores do que o necessário para alcançá-lo. Ele é fundamental para julgar a legalidade das restrições aos direitos fundamentais, assegurando sua justiça e razoabilidade. Este princípio é avaliado através de três perspectivas: Proporcionalidade Estrita, Proporcionalidade Inversa e Proporcionalidade Ampla. É importante ressaltar que a Proporcionalidade é uma ferramenta dinâmica e adaptável, cuja aplicação varia de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso e precisa ser avaliada por um juiz imparcial e independente.

Também cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado para justificar a violação de direitos fundamentais e nem para justificar a discriminação ou a opressão. Ele deve ser sempre aplicado de forma a garantir a proteção e o respeito aos direitos fundamentais de todos.

Além disso, esse princípio é aplicado na interpretação das leis e na avaliação da conformidade das leis com a Constituição. Isso significa que as leis devem ser interpretadas de forma a garantir a proporcionalidade entre os objetivos legítimos buscados e as restrições aos direitos fundamentais.

Outra consideração importante na aplicação desse princípio é a necessidade de se utilizar uma abordagem interdisciplinar. Isso significa que é relevante envolver diferentes áreas do conhecimento, como a ciência, a economia, a filosofia, entre outras áreas afins, para garantir que a análise proporcional seja completa e abrangente.

Também cabe lembrar que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é algo que deve ser deixado exclusivamente para o poder judiciário, mas sim compartilhado entre todos os poderes do Estado. Isso significa que o Poder Executivo e o Poder Legislativo também devem considerar o princípio da proporcionalidade na elaboração e implementação de medidas e políticas públicas.

Por último, é importante mencionar que o princípio da proporcionalidade não é um conceito estático e pode ser interpretado de forma diferente em diferentes contextos. Isso significa

que é importante considerar as particularidades de cada caso e as implicações da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em síntese, o princípio da proporcionalidade é um princípio fundamental do direito constitucional que estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao objetivo legítimo buscado e não devem ser maiores do que o necessário para alcançá-lo. Ele é essencial para assegurar a justiça e razoabilidade das restrições aos direitos fundamentais. Ele é usado na avaliação da legalidade dessas restrições, na interpretação das leis e na verificação da conformidade das leis com a Constituição.

Uma das principais limitações dos direitos fundamentais é a necessidade de equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse público. Assim entende Fachin, (2019, p. 138):

“O princípio da proporcionalidade tem por escopo solucionar colisão de direitos fundamentais. Quando dois direitos fundamentais (exemplo: privacidade e publicidade) estiverem em colisão entre si, de modo que não for possível proteger a ambos, um deve ser sacrificado. Deve-se fazer um sopesamento, colocando frente a frente os bens colidentes, e escolher qual dos dois, diante do caso concreto, será sacrificado e qual deverá ser preservado.”

Outra limitação é a necessidade de proteção de outros direitos fundamentais. Por exemplo, a liberdade de expressão pode ser restringida para proteger a privacidade de outras pessoas. Da mesma forma, o direito à propriedade pode ser restringido para proteger o meio ambiente.

Essas limitações devem ser proporcionais e razoáveis e as autoridades devem buscar o equilíbrio adequado entre os direitos individuais e o interesse público. Além disso, essas limitações devem ser estabelecidas e aplicadas por meio de processos legais justos e transparentes. Bonavides, (2020, p. 395) nos elucida:

“A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e aquire um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.”

A Liberdade de Expressão é um dos direitos fundamentais mais frequentemente restringidos. Embora seja considerada um direito fundamental, existem situações nas quais essa liberdade pode ser limitada com o objetivo de proteger a segurança nacional, a ordem pública e a dignidade humana. A apologia à violência ou incitação à discriminação são exemplos de expressões que podem ser restringidas.

Já o direito à privacidade pode ser limitado em algumas situações. Por exemplo, a vigilância estatal pode ser justificada para prevenir atos terroristas ou outros crimes graves. Contudo, essa vigilância deve ser proporcional e realizada de forma a proteger a privacidade das pessoas o máximo possível.

O direito da propriedade privada também pode ser limitado em algumas situações. Por exemplo, a expropriação por necessidade pública pode ser justificada para construir infraestruturas importantes, como estradas e aeroportos. No entanto, a expropriação deve ser justa e equitativa, e os proprietários devem ser devidamente indenizados.

Além do que esses direitos podem ser limitados para proteger a segurança nacional e a ordem pública. Embora o Estado tenha o dever de garantir a segurança das pessoas, em algumas situações, a restrição de alguns direitos pode ser necessária para garantir essa segurança. Por exemplo, em emergências, como uma pandemia, pode ser necessário limitar o direito à cir-

culação livre para evitar a propagação do vírus.

Os Direitos Fundamentais são base para as garantias de liberdade e proteção dos indivíduos e minorias na sociedade. No entanto, esses direitos também possuem restrições em determinadas situações, como equilibrar entre os direitos individuais e o interesse público, proteger outros direitos fundamentais, e preservar a segurança nacional e a ordem pública. As limitações devem ser razoáveis, proporcionais e estabelecidas de forma justa e transparente através de processos legais. Assim explica Pontes, (2000, p. 54):

“O princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e exerce simultaneamente na ordem jurídica a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra as medidas estatais arbitrárias, e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípio constitucionais.”

Diante do exposto, podemos analisar que princípio da proporcionalidade é um princípio fundamental do direito que estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais e adequadas ao objetivo perseguido. Isso demonstra que qualquer restrição aos direitos fundamentais deve ser necessária e adequada para alcançar o objetivo proposto e deve ser a menor restrição possível. A aplicação deste princípio é especialmente importante quando se trata da limitação dos direitos fundamentais.

A aplicação desse princípio na limitação dos direitos fundamentais envolve três fases: a análise da necessidade, a análise da adequação e a análise da proporcionalidade em sentido estrito. A primeira verifica se a restrição é necessária para alcançar o objetivo proposto. A segunda verifica se a restrição é adequada para alcançar o objetivo proposto e se é a menor restrição possível. Por fim, a terceira verifica se a restrição é proporcional ao objetivo perseguido e se a gravidade da restrição é justificada em relação ao objetivo perseguido.

É importante lembrar que o princípio da proporcionalidade não é uma justificativa absoluta para limitar direitos fundamentais. O Estado tem o dever de garantir a proteção e efetivação desses direitos e, quando houver restrições, devem ser justificadas com base no princípio da proporcionalidade. A garantia desses direitos é crucial para construir uma sociedade justa, inclusiva e democrática.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais são aqueles que asseguram as liberdades e proteções dos indivíduos e das minorias em uma sociedade. Esses direitos são protegidos pelas leis e tratados internacionais de direitos humanos e são imprescindíveis para o funcionamento de uma sociedade democrática. Contudo esses direitos sejam amplos, é importante destacar que eles têm limites que podem ser restringidos em algumas situações específicas, desde que essas restrições estejam de acordo com um objetivo legítimo e não excedam o necessário para alcançá-lo. O princípio da proporcionalidade é fundamental para assegurar que as restrições aos direitos fundamentais sejam justas e equilibradas, preservando a democracia e os direitos humanos.

A aplicação deste princípio requer uma metodologia de análise adequada, uma abordagem interdisciplinar e uma avaliação contínua e equilibrada de todos os interesses envolvidos. Também é uma responsabilidade compartilhada entre todos os poderes do Estado e deve ser

interpretado de forma flexível e adaptado a cada contexto específico. Isso é especialmente importante em tempos de crise, quando as medidas e políticas públicas podem afetar de forma significativa a vida das pessoas e suas liberdades fundamentais. A aplicação do princípio da proporcionalidade garante que essas medidas e políticas sejam justas e necessárias, evitando excessos e garantindo a democracia e a proteção dos direitos humanos.

Cumprе salientar que esse princípio não é uma garantia absoluta de que todas as restrições aos direitos fundamentais serão justas e proporcionais. Ele é uma ferramenta para ajudar a garantir isso, mas requer aplicação cuidadosa e equilibrada. É essencial que a sociedade e os órgãos responsáveis estejam sempre atentos e prontos para avaliar e questionar as medidas e políticas públicas, a fim de garantir que continuem a seguir o princípio da proporcionalidade. Sua aplicação em todas as áreas é crucial para garantir que as decisões e ações do Estado sejam justas e proporcionais, e para garantir que os interesses públicos e privados sejam equilibrados.

É de suma importância ressaltar que o princípio não pode ser utilizado para justificar a violação de direitos fundamentais e nem para justificar a discriminação ou a opressão.

Assim, ele deve ser sempre aplicado de forma a garantir a proteção e o respeito aos direitos fundamentais de todos. Além disso, é fundamental que esses mecanismos de proteção funcionem de forma independente e imparcial para garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Susana Toledo, O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Jurídica, 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier 2004.

BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e danos moral. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Método, 2019.

HEINZMANN, Clara. Aplicação da proporcionalidade na colisão dos princípios fundamentais da privacidade e da publicidade / Clara Heinzmann. - Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

PONTES, Helenilson Pontes. 2 ed. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000.

UNESCO. Declaração Universal sobre a Educação, 1948.

Capítulo

# 19



## Condução do sistema prisional

---

Pierre de Oliveira Menegoni  
Lenara Neves Lemos

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.19

## RESUMO

O seguinte estudo traz como tema os estabelecimentos prisionais e a problemática da superlotação presente na maioria desses locais. Na introdução é feito um breve relato a respeito da evolução histórica das penas no Brasil e dos estabelecimentos. Em seguida, são contextualizados os tipos de estabelecimentos penitenciários, bem como os problemas enfrentados diariamente nesses locais. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais o estudo traz uma síntese dos principais tópicos abordados e apresenta preocupação com a melhoria dessa infame realidade brasileira.

**Palavras-chave:** superlotação. prisão. estabelecimento penitenciário.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento histórico do castigo no Pau-Brasil percorreu um longo caminho até os dias atuais, pois o castigo corporal utilizado no início do império brasileiro não poder mais ser utilizado, pois é a estrutura do sistema democrático, lei.

No início quando o Pau-Brasil foi descoberto (nomeado pelos historiadores após o período colonial), primeiras leis que entraram em vigor foram os Decretos Alfonsinos, os mesmos que reinam Portugal. No entanto, não vigoraram por muito tempo, apenas foram importantes do ponto de vista do desenvolvimento dos decretos manuelinos.

Essas leis ignoravam completamente os valores fundamentais e a dignidade da pessoa humana, seguram muitas penas extremamente brutais e desproporcionais aos crimes cometidos. As circunstâncias pessoais do arguido foram muito importantes para determinar o grau de punição. Essas distinções sempre foram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu onde as meninas receber sentenças mais duras do que os homens (DOTTI, 1998, p. 44).

O Brasil tornou-se um sistema político depois de conquistar a independência do povo da Lusitânia em 1822. No entanto, as antigas leis não foram abolidas imediatamente, pois um novo código era necessário. Nesta nova etapa do Brasil, valores políticos, humanísticos e sociais estão sendo reestruturados, e um novo conceito paira sobre a sociedade brasileira: a liberdade social. O Movimento Iluminista na Europa teve grande impacto no jovem direito penal brasileiro, e propôs conceitos como o princípio da irretroatividade e a personalidade penal. A primeira constituição foi promulgada em solo brasileiro em 1824. A Carta garante as liberdades sociais e os direitos individuais. A nova legislação prevê a necessidade de um código penal baseado na justiça social e na equidade entre os cidadãos (DOTTI, 1998, p. 50).

Em 1889, um golpe militar liderado por Deodoro da Fonseca inaugurou uma república tardia no Brasil. Diante do progresso de algumas sociedades, o antigo e regressivo código penal imperial precisa ser substituído com urgência. O Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, introduziu este item no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Essas novas leis têm penalidades mais leves e são de natureza corretiva e não meramente punitiva. Posteriormente, foi promulgada a Constituição da República, abolindo algumas das penas previstas no atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a punição manteve seu “caráter instrumental de prevenção, repressão e dominação social” (SCHECAIRA E CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 41).

Mais recentemente, em 1984, o Brasil reformou o Código Penal de 1940 por meio da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Esta reforma aboliu a pena acessória e o duplo sistema binário (respostas a penas penais e medidas de segurança), que passou a ser administrado por um sistema alternativo (respostas a penas penais ou medidas de segurança, esta última apenas para inocentes). “A publicação das sentenças, por seu caráter notório, é obliterada e a perda da função pública torna-se consequência inevitável da criminalização. Desaparece também o exílio local por seu caráter notório” (SHECAIRA E CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 46). “O projeto de revisão da parte geral do Código Penal Brasileiro adota algumas ideias básicas em torno das quais será construído todo o plano de resposta criminal proposto”, observa René Dotti. Desta forma, os autores destacam cinco pilares fundamentais, a saber: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança (1998, p. 93).

Dessa forma, constata-se que a pena no decorrer da história sofreu inúmeras modificações, tendo funções distintas em cada momento, tendo influenciado de forma direta na sociedade (TAKADA, 2010).

## **ESTABELECIMENTOS PENAIS**

Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. O mesmo ambiente físico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

Pela sua natureza, os estabelecimentos prisionais devem dispor de áreas e serviços nas suas instalações destinadas à assistência, educação, trabalho, recreio e desporto. Mulheres individuais e aquelas com mais de sessenta anos devem ser coletadas em sua própria instituição e conforme apropriado para suas circunstâncias individuais. No caso de presídios femininos, as funcionárias farão a segurança de suas dependências internas, que deverão estar equipadas com creches onde as presidiárias possam cuidar de seus filhos, incluindo amamentação para crianças com pelo menos seis meses de idade. As instituições prisionais devem ter lugares para cumprimento alternativo de penas que requeiram um local diferente, por exemplo: um preso provisório (separado dos que são condenados em última instância); um preso júnior (que cumprirá sua pena em área diferente da reincidente); a administração da justiça no momento do incidente empregado.

O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, o que, na maioria dos casos, é negligenciado pelo aparato público, causando a superlotação das unidades penitenciárias e consequente piora da qualidade de vida do egresso e diminuição da efetividade no trabalho dos agentes. O responsável por esse tópico é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. A União poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. Conforme a natureza do estabelecimento nele poderá trabalhar os liberados ou egressos que se



dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas. Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos (LOPES, 2014, p. 1)

## **Estabelecimento penitenciário**

Penitenciária é para pessoas condenadas à pena privativa de liberdade em regime fechado. Os presos são alojados em celas individuais com quartos, camarins e lavatórios. Deve atender a alguns requisitos básicos, como: saúde ambiental devido à competição de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana, área mínima de seis metros quadrados. Além dos requisitos anteriores, os estabelecimentos prisionais femininos devem ser dotados de seção para grávidas e de infantário para acolhimento de crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com vista a assistir a criança indefesa cujo tutor se encontre detido. A seção e a creche requerem: atendimento profissional e qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação escolar e em unidades autônomas e horários que garantem o melhor atendimento à criança e seu responsável.

As prisões masculinas são construídas longe do centro da cidade, a uma distância que não restringe a visita de familiares e amigos. Em sua análise dessa questão, Marcão (2007, p. 94) afirma:

“Os presídios e presídios públicos inevitavelmente possuem celas individuais. No entanto, é de conhecimento público e infame que o sistema prisional brasileiro ainda não está alinhado com os prazos previstos no Código Penal. Nenhuma prisão é digna do idealismo programático da LEP. Especialmente no Brasil, onde há absoluta escassez de presídios, os detentos reclamam reiteradamente de inconvenientes nas acomodações, constrangimento ilegal e incapacidade de readaptação à vida social. Por outro lado, acredita-se que certamente existe um mal maior que não tem alternativa à convivência com internos cuja recuperação não foi comprovada.

## **Cadeia pública**

A cadeia pública destina-se a abrigar os presos provisórios. Cada comarca deverá contar com pelo menos uma cadeia pública a fim de resguardar a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar. Tal estabelecimento será instalado próximo de centro urbano. Vale lembrar que presos provisórios são aqueles recolhidos a estabelecimento prisional em razão de prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão resultante de pronúncia, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível ou prisão temporária (LOPES, 2014, p. 6)

Segundo Julio Mirabete (2000, p. 263):

Como a prisão preventiva tem por finalidade simplesmente deter o suspeito da prática de um crime e colocá-lo à disposição das autoridades judiciárias durante o inquérito ou processo criminal, o despacho de trânsito para prisão estadual exige a separação do detido; penas. A execução penal só pode iniciar-se após o trânsito em julgado da sentença, pelo que a prisão preventiva inclui a necessidade de detenção e a segurança do estabelecimento, não devendo haver outras restrições para além das decorrentes do despacho.

Embora a lei seja clara, sabemos que os presídios públicos estão cheios de presidiários e que a superlotação representa uma situação de grave perigo. No entanto, a acomodação de presos em tais estabelecimentos, no entendimento da maioria, configura caso de força maior ocasionado por sobrecarga do sistema, não configurando, portanto, desvios circunstanciais da

destinação desse tipo de estabelecimento, não constituindo coação ilícita (MARCÃO, 2007, p. 102).

## **PRISÃO NO BRASIL**

A superlotação de celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de doenças. Todos esses fatores estruturais, como também o déficit alimentar dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas e a falta de higiene fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia não saia de lá sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. Os detentos contraem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais presentes são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, como a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). De acordo com pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores dos retrovírus causadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e portadores de deficiências físicas. Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico hospitalar dentro da maioria das prisões. Para serem removidos aos hospitais, os presos dependem de escolta, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais nenhuma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do sistema público de saúde brasileiro. Acaba ocorrendo a dupla penalização do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também pode ser constatado o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, que prevê, no inc. VII do art. 40, o direito à saúde por parte do preso como uma obrigação do Estado.

Outra violação ao disposto na Lei de Execução Penal, no que se refere à saúde do preso, é quanto ao cumprimento da pena em regime domiciliar pelo preso sentenciado e acometido de grave enfermidade (art. 117, inc. II). Nessa hipótese, torna-se desnecessária a manutenção do enfermo em estabelecimento prisional, não apenas pelo descumprimento do dispositivo legal, mas também pelo fato de que a pena teria perdido aí o seu caráter retributivo, haja vista que ela não poderia retribuir ao condenado a pena de morrer dentro da prisão. Dessa forma, a manutenção do preso em estado deplorável de saúde estaria fazendo com que a pena não só perdesse o seu caráter ressocializador, mas também estaria sendo descumprido um princípio geral do Direito, consagrado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, também aplicável subsidiariamente na esfera criminal, e, por consequência, na execução penal, que em seu texto dispõe: na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (DE ASSIS, 2007).

### **Superlotação**

A superlotação celular, a instabilidade e as condições insalubres tornam as prisões um ambiente propício à propagação de doenças. Além de todos esses fatores estruturais, a má nutrição dos presos, a falta de exercícios, o uso de drogas e as más condições sanitárias podem

levar ao adoecimento e à debilitação física e de saúde dos presos que chegam com boa saúde, resistência. Os presos sofrem de uma variedade de doenças. As mais comuns são as doenças respiratórias, como tuberculose e pneumonia. Além disso, apresenta alto índice de doenças sexualmente transmissíveis comuns, como hepatite e AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida). Estudos prisionais estimam que cerca de 20% dos presos brasileiros são portadores dos retrovírus causadores do HIV, principalmente devido à homossexualidade, violência sexual praticada por outros presos e uso de drogas injetáveis. Além dessas doenças, há muitos presos com transtornos mentais, câncer, hanseníase e deficiências físicas. Quando se trata de saúde bucal, o tratamento odontológico na prisão equivale à extração de um dente. Os cuidados hospitalares não estão disponíveis na maioria das prisões. Os presos contam com escoltas para levá-los ao hospital. Na maioria dos casos, os acompanhantes estão sujeitos à disponibilidade e, portanto, demoram mais. Além disso, uma vez que um preso doente é admitido para atendimento, corre-se o risco de não haver vagas para atendê-lo devido à instabilidade semelhante no sistema público de saúde brasileiro. Em última análise, uma pessoa condenada é punida duas vezes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um breve panorama da evolução histórica do sistema penal brasileiro e da definição de cada tipo de prisão, são apresentados dados que corroboram a afirmação de que a crise de superlotação representa grave atentado à dignidade humana daqueles que saem do país, assim foi feito.

Tendo isso em vista, é inadmissível um país que busca desenvolvimento negligenciar um problema social tão gritante e atual, que faz com que o Brasil seja conhecido no mundo inteiro estando no topo dos rankings de população carcerária e de encarceramento. Os egressos no sistema penitenciário não dispõem das mínimas condições de uma vida digna: vivem em ambientes insalubres, superlotados, sem o devido cumprimento de normas. Fato esse acaba por aumentar os índices de criminalidade, tendo em vista os altos níveis de reincidência nas prisões.

Em suma, urge debater essa problemática com a sociedade civil e com especialistas em gestão de sistemas prisionais para que a melhor e mais efetiva solução seja encontrada. Com a esfera do problema, é lógico pensar que uma solução realmente efetiva deva passar pelas três esferas do poder: Executivo, Legislativo e Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DE ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, p. 74-78, 2007.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. Dados Consolidados. In: InfoPen. Brasília (DF), 2017.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8

DOTTI, René Ariel. Casos criminais célebres. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 430 p. ISBN 85-203-2356-1

LOPES, Hálisson Rodrigo. Organização penitenciária e os tipos de estabelecimentos prisionais no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, 2014.

MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 5 eds., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, J. F. Execução penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2.

TAKADA, Mário Yudi. "Evolução histórica da pena no Brasil." *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498* 6.6 2010.

WOITECHUMAS, Renan Hemann. O sistema prisional em face da Constituição Federal de 1988 e lei de execução penal: a superlotação carcerária e o princípio da dignidade humana. 2019.

Capítulo

**20**



# **Cargos em comissão: uma análise crítica**

---

Tiago Bohm

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.20

## RESUMO

No Brasil, na Constituição Federal, os cargos públicos que equipam a Administração Pública são cargos efetivos, cargos em comissão e função de confiança, todavia nem todos necessitam de um processo seletivo para assumir o cargo público. A problemática ocorre quando o sujeito não tem preparo técnico, acadêmico para exercer determinada função, mas são contratados por uma troca de favores (voto pelo provimento) em forma de cargos em comissão. Devido a essa problemática o estudo tem por objetivo pesquisar e buscar compreender como e por que são contratadas aglomerações humanas ao serviço público pelos mandatários políticos, sem nenhum critério técnico e ou eletivo para a devida ocupação, muitas vezes sem capacitações ao cargo. A escolha se deu pelo fato de no século vigente, as eleições políticas estarem apelativas com ofertas, favores e promessas, em troca de votos, além da não abertura de editais para cargos em concursos públicos, tendo necessidades de profissionais em diversas áreas. A parte metodológica destaca-se que é um estudo do tipo qualitativo, descritivo, por meio de uma busca bibliográfica dos temas em questão, após há uma análise crítica do autor com base na busca bibliográfica e a exposição do que fora encontrado na literatura. Conclui que as contratações realizadas são feitas de forma embasadas em leis, entretanto a gestão não leva em consideração a experiência profissional, bem como a capacidade do sujeito.

**Palavras-chave:** administração pública. cargos em comissão. funções de confiança.

## INTRODUÇÃO

Legalidade, Impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são princípios bases para uma Administração Pública. Todos os princípios e normas para obter excelência na Administração Pública, são listados na Constituição Federal no artigo 37, sendo assim, uma aprovação em concursos públicos dependem desses princípios, principalmente no que se refere a impessoalidade e a moralidade (REK, 2013).

Como supracitado, no Brasil, na Constituição Federal, os cargos públicos que equipam a Administração Pública são na maioria das vezes formados por cargos com servidores efetivos, os chamados concursados, eles passaram por um processo seletivo – concurso público – uma prova teórica e/ou prática que elege aquele que melhor pontua, após o classificado recebe a nomeação e passa a ser contratado pelo poder administrativo (CARDOSO E ARAÚJO, 2016).

Ainda se têm os cargos públicos, eleito pelo povo por meio de eleições, que variam na forma de poder e tempo de governo, dependendo do cargo. Por fim, os cargos em comissão que podem ser ocupados sem processo seletivo e sem eleição, mas por conveniência, indicação ou vínculo partidário (ABREU, 2014).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), ao tratar do tema, assim dispôs, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (BRASIL, 1988, p. 292).

Após o exposto, o estudo tem por objetivo geral pesquisar e buscar compreender como e por que são contratadas aglomerações humanas ao serviço público pelos mandatários políticos, sem nenhum critério técnico e ou eletivo para a devida ocupação, muitas vezes sem capacitações ao cargo, ao invés de realizar seleção por concurso público com uso de provas conceituais e/ou títulos, exigindo assim a qualificação e competência para exercício do cargo.

Os objetivos específicos serão conceituar alguns termos utilizados nas contratações; compreender tais contratações por meio de busca em artigos, notícias e leis sobre o tema e por fim analisar o que fora explorado na pesquisa.

A escolha do tema em questão se deu pelo fato de no século vigente (XXI), as eleições políticas estarem cada dia mais apelativas, com ofertas, favores e promessas em troca de votos, além de a percepção de eleitor pela não abertura de editais municipais, para cargos ocupados por cargos em comissão, ou ainda cargos em determinadas áreas profissionais, que necessitariam ser contratados para um melhor funcionamento do município. Sendo assim, o cargo em comissão se tornou um apelo por parte do candidato e do eleitor, como um câmbio, onde o voto seria uma taxa para que após a vitória o cargo fosse repassado àquele que votou, e os outros que buscaram a democracia nas urnas, passassem a desacreditar cada dia mais na política incorrupta e na sensação de uma país democrático.

O estudo está estruturado da seguinte maneira: no subtítulo posterior será referida a metodologia do estudo, o tipo de pesquisa e informações das buscas e análises, no subtítulo 3 será discorrido o que se encontrou na literatura sobre os temas pontuais em questão, esse item será subdividido em pontos específicos a fim de que fique mais clara e concisa a escrita para uma melhor compreensão.

## **METODOLOGIA**

Estudo do tipo qualitativo, por meio de uma busca bibliográfica, para esclarecer o tema em questão, como conceitos de material empregado nas contratações dos cargos em comissão na administração pública. Pensando também na importância que o setor público é um gerador de novos conhecimentos, experiências, para gerar um sistema que significativo para o desenvolvimento e gestão dos servidores.

Além disso, trata-se de uma pesquisa descritiva, o tema em questão será analisado na perspectiva de outros autores com o registro e a interpretação das inferências, bem como, analisar os conteúdos autorais, sendo assim a análise dos dados será de forma crítica e descrita, além de ser realizada de forma individual pelo autor em questão, com exposição de opiniões e críticas construtivas e explicativas ao encontrado, para o leitor.

Dessa forma, o presente trabalho é constituído por meio de buscas realizadas nas bases de dados, que dizem respeito à administração pública, a democracia, e política no que tange as contratações dos cargos em comissão especialmente nos municípios.

Para as buscas utilizou-se um computador pessoal do autor. As palavras chaves usadas para a pesquisa foram: Administração pública, cargos em comissões; função de confiança; nomeação e exoneração. Optou-se por buscas que visem os cinco anos recentes, para ter o embasamento teórico atualizado, entretanto se forem necessárias citações de literaturas que são definidas como clássicas, elas não serão descartadas.

## REVISÃO DE LITERATURA

No decorrer dos próximos tópicos será realizada uma síntese do que foi encontrado e selecionado na busca científica pelo autor, procurou se manter uma análise crítica, em que o leitor consiga compreender as nomenclaturas de forma concisa, e o porquê determinados atos ainda ocorrem em nosso país que denominamos ser democrático.

Percebendo-se a falta de compreensão para muitos cidadãos brasileiros, eleitores e principalmente àqueles de classes inferiores sem acesso a algum letramento, ou com acesso precário e limitado, alguns termos técnicos, as nomenclaturas da nossa política, que deveriam ser mais conhecidas por qualquer cidadão, afinal vivemos em um país democrático, ainda têm características obscuras, sendo assim, a conceptualização de forma clara e com exemplos práticos é de extrema importância.

Como um dos objetivos do presente estudo é a conceptualização de termos de formas de contrato de trabalho em prefeituras principalmente, a seguir algumas análises que foram selecionadas com as respectivas opiniões enxertadas.

### Cargos em comissão

Durante anos o país foi se transformando politicamente de forma lenta e gradual até chegar ao quadro político do século XXI, – Nova República (1985) – sendo o marco mais radical, que se teve após a república Velha, a Ditadura Militar (1964 – 1985), época de grandes exageros políticos, um período marcado por exigências, mudanças em constituições, votos obrigatórios, entre outros (ABREU, 2014).

Ainda segundo Abreu (2014), com o início da Nova República deu-se a promulgação da nossa Constituição de 1988, buscando consertar exageros cometidos durante o Regime Militar. Destaca-se como uma das mudanças, a criação de cargos públicos, que o concurso público seria obrigatório para investidura.

Entretanto segundo a mesma legislação há uma única exceção, não é necessária a classificação em concursos públicos aos cargos em comissão (GOMES, 2017). Fato que no período do ano vigente está em análise no Senado Federal, seria necessário ter concurso público para exercer um cargo de confiança ou cargo em comissão? Pelo que a nova Proposta de Emenda Constitucional (PEC) à constituição cita, tal processo seletivo passaria a ser necessário, fato esse que será discutido mais à frente nesse subtítulo.

Para Rodrigues (2012), os cargos em comissão são àqueles que não passam por um processo seletivo, ou seja, não realizam concursos públicos para serem ocupados, sendo assim os chefes do governo escolhem para tal cargo pessoas de sua confiança, sem considerar, na maioria dos casos, as questões econômicas e/ou profissionais do contratado, utilizando um po-



der estatal, agindo em nome do Estado, “donos do poder”.

A problemática ocorre quando alguns dos funcionários contratados para exercerem um cargo em comissão não têm preparo técnico, acadêmico para tal função, ou mesmo uma boa experiência em políticas públicas (ABREU, 2014; CAMPELO, 2015). Por exemplo, colocar um fonoaudiólogo, sem experiência em serviço público, para “cuidar” da demanda de uma população alvo, dentro de um pequeno município e conseqüentemente dentro da Secretaria Municipal de Saúde e/ou Educação, pode gerar uma demanda maior, pois a falta de preparo e a inexperiência podem gerar outros agravos fonoaudiológicos (como vocal, oromotor,...) nessa população indo a um abismo cada vez maior, ou sem metonímias, uma fila de espera muito maior, devido aos agravos provocados pela falta de experiência no setor.

Para que possa exercer sua função de forma correta, com eficiência e eficácia é necessário que o servidor tenha conhecimento, qualificação, e partir disso, ser remunerado pelo seu esforço, pelo seu piso salarial (CAMPELO, 2015). O que um governo deve observar além da eficiência, o custo que tal contratação terá, os eleitos se colocam em uma emboscada por prometerem muitos cargos dessa espécie, não tendo a pretensão do gasto que o município teria com tal contratação, antes mesmo de se elegerem, além de não criarem vínculos por meio legal e de processo seletivo (TELES, 2016).

Abreu, 2014, relata que a contratação de tal cargo é uma forma ultrapassada de governo, sendo ainda uma falta de respeito para com os eleitores que colaboraram de forma tributária e não têm o direito de participar de tal contratação pública. A contratação ocorre de forma não democrática, sem saber se o contratado tem as mínimas condições cognitivas para ocupar o cargo. Além disso, o contratado pode estar assumindo por mero interesse próprio sem auxiliar de forma positiva o governo, vulgo popular apenas pelo dinheiro não pela colaboração que sua mão-de-obra ajudaria.

No ano de 2015, uma ementa a constituição número 110 (em trâmite no Senado Federal) propõe que os cargos em comissão passassem por um processo seletivo em sua maioria, especificadamente apenas um a cada dez poderiam ser contratados sem o processo seletivo. Por meio dessa ementa o controle de cargos com a devida coerência profissional seria facilitado, bem como, os gastos públicos com salários maiores para cargos que não tem formação para serem tão remunerados como àqueles pagos a cargos em comissão em muitos governos municipais, estaduais e federais (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2017).

O que os autores citam é que os cargos em comissão ou popularmente definidos como “cargos de confiança”, “cc”, são contratações livres de provimento, isto é, livre nomeação e exoneração de funcionários, sejam eles de carreira ou de fora do serviço público (LOPEZ, BUGARIN, BUGARIN, 2014).

Esse tipo de empregabilidade pode ser dividido em quatro situações: 1. Cargos de livre provimento das agências reguladoras; 2. Cargos de direção das instituições federais de ensino superior; 3. Cargos de natureza especial (CNEs); 4. Cargos de direção e assessoramento superior (DAS) (LOPEZ, BUGARIN, BUGARIN, 2014).

Os cargos em comissão funcionam como uma continuação de poder por meio da confiança que lhes passam os chefes administrativos na contratação, esses cargos devem controlar o que lhes é incumbido, sendo “a sombra” do chefe administrativo. O que ainda ocorre é que

muitos chefes administrativos realizam tal contratação sem conhecer de fato a verdadeira importância de tal função, não atendendo critérios de escolha como a qualificação, o que pode gerar um risco ao plano de governo e conseqüentemente à população atendida por tal servidor (CAMPELO, 2015; TELES, 2016).

Outro autor define os cargos em comissão como estruturas funcionais autônomas, passíveis de serem ocupadas por indivíduo que não detém vínculo laboral anterior e permanente com o ente ou órgão (BERGUE, 2014). O cargo é transitório, não efetivo e tem duração, geralmente, com período do mandato do contratante. Com a mudança de governantes – mudança de partido – mudam também os servidores com tal vínculo empregatício, passado a outro sujeito, de outro partido e assim sucessivamente, sendo impossível haver uma situação de estabilidade ao cargo (CAMPELO, 2016; LOPEZ, BUGARIN, BUGARIN, 2014).

No século XXI o referido “emprego” vem sendo utilizado como uma política “apelativa” nas campanhas eleitorais, quando o que mais importa é ganhar. Com isso, os partidos fazem “promessas” para aqueles que neles votarem almejem cargos de confiança. A prática está cada dia mais corriqueira, principalmente, em municípios de pequeno número populacional, onde as promessas de empregos, saúde e educação se tornam nas campanhas eleitorais um verdadeiro axioma nos discursos.

Tal prática apelativa de “clientelismo político” pode trazer ao corpo administrativo pessoas sem qualificação, que acabam ocupando vagas que poderiam ser preenchidas por pessoas que foram preparadas cientificamente para a tal atuação, que seriam concursados qualificados nesse setor. Todo e qualquer desempenho de uma equipe administrativa depende da forma de como as pessoas que a compõem estão organizadas, estimuladas e capacitadas, ou seja, dependem da gestão de pessoas, a qual ocorre através do desenvolvimento dos funcionários de uma instituição (CAMPELO, 2015; TELES, 2016).

Ressalva-se que do mesmo modo que a nomeação para esses casos são dispensadas aprovação antecedente em concurso público, capacitações, qualificações, experiências ou qualquer outra forma de seleção, a exoneração não é diferenciada, além disso, não necessita de qualquer formalidade, ficando a critério do sujeito que detém a autoridade nomeante naquele período administrativo (LOPEZ, BUGARIN, BUGARIN, 2014).

Por fim como já subscrito, uma nova Proposta de Ementa Constitucional (PEC), que ainda está em tramite no Senado Federal, parece que resolveria este empecilho para efetividade nas contratações e não apenas por questões de proximidade, favores, e ou trocas de “relações de amizade” propõe alterar a maneira de contratação para esse cargo na Constituição Federal. Essa espécie de contrato não poderia mais ser realizada da forma e quantidade desejada pelo eleito, o que quer dizer que o governante teria direito a contratação de 1 cargo de comissão a cada 10 contratantes, isso restringe as promessas e apelações nas campanhas eleitorais (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2017).

A nova PEC ainda restringe a ocupação desses cargos, estabelece que no mínimo a metade dos cargos em comissão caberá aos ocupantes de cargo efetivo, e que a função deles seria no assessoramento direto a detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais. Por fim altera para que o provimento dos cargos em comissão e funções de confiança seja por meio de processo seletivo público (BRASIL, SENADO FEDERAL,

2017).

## **Função de confiança**

Quando se fala de cargo em comissão já é um emaranhado de definições que surgem, o que se torna mais complexo na função de confiança, os autores usam sempre a definição descrita na Constituição Federal, mas não há autor que se atreva a definir de forma individual clara e coesa.

Os estudos de um autor que cita a função de confiança como uma gratificação “um bônus”, entretanto esse card só pode ser usufruído por servidor público efetivo, ou seja, aquele que realizou o concurso público e foi nomeado com uma determinada função. Há um acréscimo de responsabilidade designado ao servidor público concursado, entretanto a função deve estar correlacionada com as atribuições de seu cargo efetivo (TELES, 2016).

Seguindo o mesmo autor ele nomeia como regra existir o concurso para aqueles que serão servidores permanentes, já para fatos que precisam de servidores temporários prevalecem as funções de confiança, desde que preenchidas por servidores concursados, este poderá ser dispensado da função de confiança a qualquer tempo, voltando a ocupar o cargo para o qual fez concurso.

Percebe-se uma relação de fraternidade, de familiaridade, o que é mais do que uma simples contratação é uma questão de lealdade, amizade, com interesses individuais ou coletivos, mas apenas aos envolvidos, mas a relação se mantém pela questão de devolutiva de favores, afinal o contratado votou no contratante, mantém a obrigatoriedade de devolver o favor, assim sendo necessária a lealdade nessa relação (TELES, 2016).

De acordo com Teles, (2016) o que ocorre é uma relação clientelista de forma inversa, ou seja, no clientelismo há uma relação entre dois lados, em que um é o subordinado e o outro o beneficiado, havia uma assimetria, desigualdade entre o cliente e o patrão, mas que ambos necessitavam do acordo. No século atual (XXI), existe essa relação, mas com uma nova estética, em que o abismo maior de diferença é na forma de relação entre os lados, agora é algo mais voluntário entre a “elite e as massas”, assim os lados deixam de ter a característica assimétrica de relação e passa a ter mais linearidade, o que quer dizer que não é mais somente o eleitor que necessita do eleito de forma passiva, na alta democratização e com a modernização, “as massas” passam a ser ativas e não mais passivas (DÁVILA FILHO, 2007).

A partir do exposto não podemos mais pensar apenas em uma troca por votos, em que o eleitor é uma “vítima” do eleitor, afinal ele quem buscou troca, ele quem pôde dar a proposta, oferece seu voto, sua lealdade em troca de um bem público de forma individual ou em massa.

Se a troca ocorre de forma individual, a “riqueza”, os bens públicos são mal distribuídos provocando um acesso desigual aos recursos públicos, o que gera uma ineficiência de governo, de políticas públicas para alguns e eficiência à outros.

A impossibilidade de comprovar qualquer forma de corrupção é que é complexa, pois as relações de trocas são claras entre os envolvidos e não são consideradas corrupção, mas apenas com relação à corrupção, pela sua informalidade, mas não é corrupção pelo simples fato de que não são distribuídos recursos próprios, todavia os recursos que são públicos (TELES, 2016).

Na Constituição Federal de 1988 tal definição aparece no art. 37, inciso V, definem “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Sendo assim, uma função de confiança ocorre quando, hipoteticamente, uma professora concursada – via processo seletivo, concurso público – em um município, atuante em escola, passa a ministrar o poder de uma secretaria, é nomeada como Secretária de Educação, tal atribuição/função relacionada ao seu cargo efetivo. Essa professora concursada atuante passa a receber subsídio, atribuído por lei, para exercer a função de confiança, sendo tal função transitória, após se o seu poder de secretariado for passado outro servidor, a professora retorna às salas de aula sem perder seu cargo que fora classificada.

### **Cargos de confiança versus função de confiança**

A partir das definições individuais, percebe-se que as ocupações são inseparáveis, afinal ambas são dotadas de atribuições de direção, chefia e assessoramento, sofrem pela rotatividade de nomeações (LOPEZ, BUGARIN, BUGARIN, 2014). Logo, não há uma definição precisa individual, algo que possa ser segmentado, qualquer estudo que fala de uma cita a outra e vice-versa.

Há pequenas e sutis diferenças que são significativas para administrar o poder, e devem ser claramente compreendidas pelo governante. Algo já supracitado e que deve ser reiterado é que muitos governantes infelizmente desconhecem as sutilezas das diferenças e acabam utilizando o poder de contratação de forma equivocada o que pode levar a conflitos em seu plano de governo (CAMPELO, 2015). Os governantes, e os eleitores devem passar a ter conhecimentos de tais cargos, funções, assim elas seriam mais facilmente compreendidas e atuadas pelo contratante e pelo contratado.

Após leitura das definições também se percebe que a diferença mais significativa entre as designações é a forma de contratação, como já citada nas definições. A primeira – cargo em comissão – é preenchida com sujeitos nomeados por meio de confiança do chefe do poder público, passando funções de autoridade ao nomeado para com o nomeante. Já na função de confiança há uma atribuição extra de cargo a um servidor público efetivo que já pertence ao quadro Administrativo, mas passará a ter uma função diferenciada dentro do seu ambiente de trabalho. Assim resume-se que na primeira não há necessidade de um vínculo com o quadro administrativo, já na segunda é obrigatório o vínculo anterior sob forma de cargo efetivo.

No mais relata-se que não compete a um chefe político nomear o número desejado de cargos em comissão e funções de confiança, há um limite declarado por lei com números precisos para cada cargo.

Para que se compreenda melhor, o leitor pode hipotetizar um sujeito que realizou o concurso para ser agente comunitário, por um salário fixado em edital no concurso prestado, esse mesmo sujeito foi convidado pelo partido vigente a exercer a função de secretário da saúde do município, para essa “nova função”, que recebe o nome de função de confiança, ele passa a receber um acréscimo salarial, valor esse fixado em percentual ou em um valor pecuniário sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor que vier a ocupá-lo.

Entretanto os cargos em comissões como já supracitado são contratos sem prévia aprovação, apenas por questões de proximidade e/ou necessidade que o partido tem naquela contratação, com um salário previamente combinado a contratação, reiterando que não há uma estabilidade nesse vínculo empregatício.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se assim que a pesquisa supriu a confusão de nomenclaturas para o autor, que procurou esclarecer nas descrições acima para o leitor também, entretanto percebe-se que ainda há muito que se ler e pesquisar, sobre o tema, afinal o país ainda se encontra em constantes mudanças legais, econômicas e logicamente democráticas.

Outro ponto que é de relevância tem relação aos critérios para o provimento de cargos, empregos e funções na Administração Pública no propósito deste trabalho na análise Municipal não são esclarecidos por nenhum autor, só relatam as questões de troca de favores e/ou confiança e até mesmo relação de amizade, e citam que tais cargos são de provimento inicialmente por livre nomeação sem necessária a aprovação em concurso público e ou qualquer outro processo seletivo.

No mais percebe-se que mesmo não sendo citado de forma direta pelos autores, existe sim uma vinculação nessa contratação, mas são por designações, porém na prática isso ocorre de forma mais “apelativa” e tais cargos são na sua grande maioria utilizados como uma espécie de transferência mútua de favores, em que o eleitor e o eleito realizam um combinado entre voto por vínculo empregatício.

As contratações realizadas são feitas de forma embasadas em leis, entretanto a gestão não leva em consideração a experiência profissional, bem como a capacidade do sujeito, mas sim questões pessoais e políticas no momento da contratação do cargo comissionado, e esse sujeito, salvo as exceções, não conhecem as devidas “regras” desse vínculo empregatício, o que torna sua atuação uma situação de agir conforme a conveniência que lhe é passada.

Por fim, sugere-se a realização de pesquisa de campo com a finalidade uma triagem de alguns municípios com menor população, para análise de quantidade dessa espécie de vínculo, além de averiguar a qualidade, ou seja, se o empregador está exercendo uma função de outro profissional que poderia ser contratado via concurso público e/ou processo seletivo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, L.M.S. Análise histórica dos cargos em comissão no Brasil. [Monografia] Universidade de Brasília – Instituto de Ciência Política. 2014.

BERGUE, S. T. Gestão estratégica de pessoas no setor público. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2015. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122690/pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017...

CAMPELO, M.G. Gestão Pública: capacidade de governo versus cargos comissionados no Estado de Paraíba sob a ótica do conhecimento estruturado por Carlos Matus. 55 p. Monografia (curso de Pós-graduação em Gestão Pública) – Universidade Estadual de Paraíba - UEPB, João Pessoa/PB, 2015.

CARDOSO, H.R.; ARAÚJO, L.S. Efetividade, cargos comissionados e funções de confiança. Revista de direito da Administração Pública. Universidade Federal do Fluminense, ISSN 24472042, 2ª ed, v2, n1, jan/jun 2016, p.7.

DÁVILA FILHO, Paulo M.. Assimetrias políticas, clientelismo e democracia: uma discussão conceitual. 31º encontro anual da ANPOCS, 2007. Caxambú, Minas Gerais.

GOMES, C.P.B. A nomeação de dirigentes de estatais a partir da lei 13.303/16. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 02, n. 02, p. 27-38, abr./jun.2017.

LOPEZ, F.; BUGRIN, M.; BURAIN, K. Rotatividade nos cargos de confiança na administração federal brasileira (1999-2012) Centro de Convenções Ulysses Guimarães Brasília/DF – 25, 26 e 27 de março de 2014.

REK, Marcos. Os princípios basilares da administração pública e os aplicáveis às licitações. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante 13. Revista do direito administrativo, maio/agosto 2012, volume 260, p. 203-229. Rio de Janeiro.

TELES, Bárbara Rodrigues Lima. Corrupção no Brasil e a relação entre o público e o privado: o caso lava jato. 2016. 119 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências da Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.



## **“De volta para o futuro”: o tempo como fato jurídico**

## **“Back to the future”: the time as a legal fact**

---

Ivan Iegoroff de Mattos

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.21

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo compreender como o transcurso do tempo, assim entendido como a distância entre dois dados momentos, é dotado de juridicidade e, dessa forma, produz efeito sobre a valoração de determinado fato, quando de sua análise. Conquanto seja inegável que o transcurso de tempo, por si só, produza efeitos jurídicos (como na prescrição, decadência, usucapião etc.), impeça a produção de efeitos jurídicos (como na *vacatio legis*, no termo inicial etc.), ou tenha relação com a própria causa dos efeitos jurídicos (como a duração razoável do processo, os prazos processuais, as tutelas de urgência, os juros etc.), é necessário verificar se o tempo também deve ser considerado pelo juiz, ao julgar os fatos.

**Palavras-chave:** tempo. efeitos jurídicos. direito. física. tempo natural. tempo social. fato jurídico.

## ABSTRACT

This study is intended to understand how the passage of time, understood as the distance between two given moments, has legal effects, therefore it has to be considered on the judgement on the merits of the facts. It is undeniable that the passage of time, by itself, has legal effects (such as statute of limitations, adverse possession etc.), or prevents legal effects (as in *vacatio legis*, initial term etc.), or is related to the cause of the legal effects (as in reasonable duration of the process, procedural deadlines, emergency injunctions, interests etc.), it is necessary to check whether time should also be considered as a legal component itself when the judge decides on the merits of the facts.

**Keywords:** time. legal effects. law. physics. natural time. social time. legal fact.

## INTRODUÇÃO, OU MOMENTO INICIAL

“Viagem” no tempo é mote recorrente em romances de ficção científica, como na trilogia cinematográfica que inspirou o título do presente artigo. E, como “a ficção científica de hoje é muitas vezes o fato científico de amanhã” (HAWKING, 2018, p. 149), a possibilidade de se “viajar” no tempo é também tema de estudos entre os físicos. Até onde se pôde estudar, contudo, retornar ao passado, ou avançar ao futuro (em velocidade superior ao envelhecimento natural, dado que o ser humano está em constante avanço ao futuro), ainda não se mostrou viável<sup>1</sup> (ou, ao menos, ninguém voltou para contar a história).

Passado e futuro são da essência do tempo e da história. Esta, diga-se, foi “construída no esquecimento daquilo que Paul Valéry chamou de as duas maiores invenções da humanidade: o passado e o futuro” (NOVAES, 1996, p. 9). Estuda-se de onde viemos e para onde vamos. Mas não se vai a nenhum desses momentos.

Partindo-se da premissa de que, hodiernamente, como visto, a viagem no tempo não é

---

<sup>1</sup> Conforme explicaram Stephen Hawking e Leonard Mlodinow, “viajar” ao futuro é, em tese, possível, apesar de que, atualmente, a tecnologia não avançou a ponto de permitir tal feito (HAWKING E MLODINOW, 2005, P. 109/110): “É possível viajar para o futuro. Isto é, a relatividade mostra que é possível criar uma máquina do tempo que o levará num salto para frente no tempo. Você entra na máquina do tempo, espera, sai e descobre que muito mais tempo passou na Terra do que passou para você. Não temos a tecnologia hoje para fazê-lo, mas é apenas uma questão de engenharia: sabemos que pode ser feito.”



viável, sob seu aspecto físico, e que, por alguma lógica, nunca o será, já que não se tem notícia de pessoas que tenham, no futuro, regressado ao passado (ou, em outras palavras, até hoje não se conheceu ninguém que tenha vindo do futuro), é curioso notar que a mesma conclusão não pode ser alcançada sobre o aspecto jurídico. Isso porque o efeito jurídico de determinado ato ou fato pode, em determinadas hipóteses, regressar ao passado (a exemplo dos efeitos *ex tunc*), ou avançar ao futuro (o que, geralmente, ocorre com as normas jurídicas, prescrições abstratas que produzem efeitos sobre fatos futuros).

Se é inviável, sob o aspecto físico, “viajar” no tempo, mas, ao mesmo tempo, admite-se que determinado ato ou fato possa produzir seus efeitos em momentos anteriores ou posteriores, intui-se que existe uma distinção entre o efeito físico e o efeito jurídico do tempo. O presente trabalho pretende justamente analisar essa distinção, a fim de compreender o efeito jurídico do tempo e, por fim, concluir se o tempo, *de per se*, é um fato jurídico. Distingue-se, portanto, dos estudos de François Ost, em sua obra “Tempo do Direito” (OST, 2005), assim como de Lorenzo Carnelli, em sua obra “Tempo e Direito” (CARNELLI, 1960), utilizando-as como referenciais nas questões por eles abordadas.

O Direito, por diversas vezes, busca relação com a física. Não à toa, uma das principais teorias jurídicas no Brasil, desenvolvida por Miguel Reale, recebeu o nome de “tridimensional” (REALE, 1969), e a obra de referência de Goffredo Telles Junior é o “Direito Quântico” (TELLES JUNIOR, 1974). Inobstante, analisar o tempo como fato jurídico requererá um afastamento do conceito puramente físico de tempo, sem, por outro lado, ignorá-lo por completo.

A fim de orientar a análise do tempo segundo a dogmática jurídica, será necessário “compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 48). Por isso, o presente artigo abordará, inicialmente, o tempo sob os aspectos filosóficos e físicos, para, em seguida, partir para sua análise sob a ótica da ciência jurídica, conforme a dogmática jurídica.

## **Dando tempo ao tempo: tentativa de conceituar o “tempo”, antes de analisá-lo como fato jurídico**

Antes de se analisar a juridicidade do tempo, será necessário conceituá-lo. Mas seria o tempo conceituável? Trata-se de questão filosófica desde sempre discutida e que, adianta-se desde já, não alcançará uma conclusão definitiva.

Segundo Fernando Ruy Puente, a concepção de tempo, na Grécia Antiga, compreendia tanto uma visão cíclica do tempo, como uma visão linear, assim como também era para os hebreus na mesma época (PUENTES, 2010, p. 22).

Platão analisou o tempo sob a perspectiva do mito do eterno retorno, identificando o tempo como um movimento cíclico, de forma que tudo o que ocorreu no passado repetir-se-á no futuro (PLATÃO, 1977). Ainda, para Platão, o tempo teria surgido e se identificaria com o mundo, e não com uma eternidade imutável:

“O tempo nasceu com o céu, para que havendo sido criados concomitantemente, se dissolvessem juntos, caso venham algum dia a acabar; foi feito segundo o modelo da natureza eterna, para que se lhe assemelhasse o mais possível. Porque o modelo existe desde toda a eternidade, enquanto o céu foi, é e será perpetuamente na duração do tempo” (PLATÃO, 1977)

Aristóteles questionava a própria existência do tempo, afirmando que o tempo seria “o número de um movimento segundo o antes e o depois”. Para Aristóteles, dado que nenhuma parte do tempo existe (o presente não tem duração precisa, o passado já aconteceu, e o futuro ainda não é), o tempo não poderia existir (ARISTÓTELES, 2009).

Plotino, distanciando-se de Aristóteles, compreendia o tempo no plano do intelecto, que, por sua vez, representava a eternidade Puentes (2010, p. 141): “A inteligência, no entanto, é tudo; por isso, tudo o que está nela contido está sempre presente simultaneamente nela; ela é o puro ser em eterna atualidade; nela não há lugar para futuro nem para passado algum, pois todas as coisas permanecem num eterno agora (...).

Na filosofia hindu, os Vedas descreviam o tempo no contexto da cosmologia, em que o universo repetidamente passaria por ciclos criacionistas, destrutivos e renascentistas (THOMPSON, 2007, p. 225).

Santo Agostinho, na mesma esteira de Aristóteles, refletiu sobre o “não ser” do tempo: “O passado não tem de ser porque não é mais (*iam non est*), o futuro, porque ainda não é (*nodum est*), e o presente porque não permanece” (SANTO AGOSTINHO, 1997, p. 281).

Para Immanuel Kant, o tempo seria uma estrutura da relação do indivíduo consigo mesmo e com o mundo. O tempo seria, em sua concepção, uma intuição pura *a priori* no plano da sensibilidade (KANT, 1997).

O tempo é também elemento essencial da “Fenomenologia do Espírito”, de Georg Wilhelm Hegel (HEGEL, 2008).

Marc Léopold Benjamin Bloch compreende o tempo como uma cadeia infinita das causas que se multiplicam. O presente seria um conceito fugaz, quase inexistente, porque o presente nasce e morre instantaneamente, perpetuando-se como passado (BLOCH, 2001, p. 159).

André Comte-Sponville (2000) dando mais ênfase ao presente, criou o conceito de “ser-tempo”

Resumamos. Se o tempo é o presente, como creio, e portanto também a eternidade, é portanto também o ser – o que chamo de ser-tempo –, é portanto a matéria, é portanto a necessidade, é portanto o ato: é portanto o devir, em sua presença eterna, material e necessária, em sua potência sempre em ato ou, o que dá na mesma, em sua atualidade dinâmica, múltipla e mutável. O ser não é no tempo; ele é o próprio tempo (o presente). O tempo não é continente ou a forma do ser; é o que dura e devém. Isso poderia constituir uma sétima tese – o tempo é o devir –, se ela não fosse resumo de todas as outras. Se tudo é presente, tudo é mutável, já que o presente, por definição, é sempre novo: a eternidade, o ser, a matéria, a necessidade ou o ato não passam de maneiras diferentes de pensar a universal presença do devir, que é o sujeito do tempo e sua única realidade. O ser é tempo, o tempo é presença do ser. (COMTE-SPONVILLE, 2000, p. 139)

A filosofia, como se depreende, analisa o tempo sob seus diversos espectros, demonstrando que, de fato, não é possível conceituá-lo de forma única, na medida em que o tempo pode ser entendido de diferentes modos. Aliás, nem a física moderna traz um conceito absoluto de tempo.

Sir Isaac Newton, (1990) já contrastava a “medida relativa de tempo” e o “tempo absoluto”:

O tempo absoluto, verdadeiro e matemático, por si mesmo e da sua própria natureza, flui uniformemente sem relação com qualquer coisa externa e é também chamado de duração; o tempo relativo, aparente e comum é alguma medida de duração perceptível e externa (seja ela exata ou não uniforme) que é obtida através do movimento e que é normalmente usada no lugar do tempo verdadeiro, tal como uma hora, um dia, um mês, um ano. (NEWTON, 1990, p. 6-7)

Posteriormente, a teoria da relatividade, elaborada por Albert Einstein, teve como um de seus aspectos fundamentais justamente a demonstração da teoria do espaço-tempo, em razão de o universo estar em constante expansão, com a conclusão de que o tempo é uma medida relativa:

Até o início do século XX, as pessoas acreditavam num tempo absoluto. Isto é, cada evento poderia ser rotulado por um número chamado “tempo” de uma maneira única, e todos os bons relógios concordariam sobre o intervalo de tempo entre dois eventos. Entretanto, a descoberta de que a velocidade da luz era igual para todo observador, não importando como ele tivesse se movendo, levou à teoria da relatividade – e ao abandono da ideia de que existe um tempo absoluto único. O tempo dos eventos não poderia ser rotulado de uma única maneira. Pelo contrário, cada observador teria sua própria medida de tempo, conforme registrada pelo relógio que ele carregava, e os relógios carregados por diferentes observadores não seriam necessariamente concordantes entre si. Consequentemente, o tempo tornou-se um conceito mais pessoal, relativo ao observador que o media. Ainda assim, o tempo foi tratado como se fosse uma linha férrea reta na qual você poderia ir apenas num sentido ou no outro. (HAWKING E MLODINOW, 2005, p. 109)

A partir da Teoria da Relatividade, classificada por Landau e Lifschitz (1959) como “a mais bela das teorias físicas”<sup>2</sup>, Prigogine (1996, p. 169-192) chegou a afirmar que “o tempo precede a existência” e que não haveria um início ou um fim para o tempo.

Talvez o conceito mais palatável de tempo derive da sua percepção mundana, que corresponde ao curso natural da vida, medida conforme a convenção social atualmente utilizada de segundos, minutos, horas, dias etc. Assim, feitas essas considerações iniciais sobre o conceito de tempo, o presente artigo socorrer-se-á da concretude decorrente da percepção mundana do tempo, analisando-o como a medida de distância entre dois fatos ou atos, medida conforme a convenção social atualmente utilizada de segundos, minutos, horas, dias etc., sem, contudo, deixar de considerar que, por outro lado, o tempo, assim como o direito, é também uma construção social.

## **Em tempo: efeitos jurídicos do tempo**

Partindo-se do conceito de tempo como a distância entre dois dados momentos, é possível identificar que o tempo (ou o transcurso do tempo) produz efeitos jurídicos, como já mencionado no início do presente artigo. O presente capítulo tem o propósito de analisar os efeitos jurídicos do tempo em determinadas situações expressamente determinadas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, destaque-se ponderação de Santi (2001, p. 40-41):

O direito sempre se preocupou com o tempo: pensá-lo significa ocupar-se da fugacidade das condutas, da efemeridade dos fatos e da inexorabilidade da linguagem que os cristaliza, por meio das provas jurídicas que propiciam o conhecimento e a manipulação dos acontecimentos relevantes para o direito. Há tempo na Constituição. E há tempo no exercício das competências previstas na Constituição, fonte material das leis. Também nas hipóteses das normas vinculadas pelas leis, encontramos tempo. E podemos pensar também em tempo como consequente normativo. Tempo há, também, nos eventos jurídicos descritos por essas hipóteses normativas: início, duração, termo. Atos administrativos e sentenças recebem, invariavelmente, sua marca. Há tempo, ainda, no conteúdo desses atos normativos que se referem a fatos passados e às normas que juridicizaram esses

---

<sup>2</sup> Tradução livre para o original “the most beautiful theory in physics”.

fatos. O princípio da irretroatividade subordina-se ao tempo: a lei passada juridiciza o fato passado; a lei presente, o fato presente; a lei futura ainda não é vigente, por isso o futuro não é juridicizável ainda. Só o fato passado é efetivamente passível de ser absorvido pelo direito. Assim é: o direito projeta-se para o futuro, mas colhe no passado as condutas que juridiciza no presente.

(...).

O direito regula o futuro, que ainda não é; com o ato de aplicação, fixa o presente, que não permanece, e, mediante sua linguagem, retém o passado, que não é mais. É o processo de positivação do direito: a dinâmica normativa rege o futuro de acordo com regras gerais e abstratas, que só ganham eficácia pelos atos de aplicação do direito, os quais introduzem normas individuais e concretas com supedâneo em normas vigentes (anteriores) e eventos passados. ” (SANTI, 2001, p. 40-41)

Essa preocupação do direito com o tempo apresenta-se de diversas formas. Nesse sentido, a prescrição corresponde à extinção da pretensão com relação a determinada prestação em razão da inatividade do credor por um dado período. Como ressaltou Pontes de Miranda, a prescrição atinge direitos e pretensões de todas as naturezas (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 127). De igual forma, a decadência corresponde à perda de determinado direito em razão da inação de seu titular em um dado intervalo de tempo.

Com lógica similar, a usucapião (sendo também chamada de prescrição aquisitiva) corresponde à aquisição do direito de propriedade em razão do exercício de posse mansa, pacífica e contínua de um bem por um período definido e, por reverso, a perda do direito de propriedade do proprietário do bem que o abandonou durante aquele interregno.

Nos exemplos acima, tem-se que a atribuição de efeitos jurídicos ao tempo representa segurança jurídica, bem como pacificação e estabilidade das relações sociais.

Ainda, com relação aos efeitos jurídicos do tempo, tem-se como exemplo a *vacatio legis*, que consiste no interregno entre a publicação de uma lei e o início de sua vigência. Outro exemplo na mesma direção é o termo inicial do negócio jurídico, que suspende o exercício do direito a ele subordinado até o momento de sua verificação.

Nesses exemplos, há o reconhecimento de que não se pretende que determinado ato ou fato produza seus efeitos no presente, postergando-se tais efeitos, que, contudo, já são sabidos.

Há ainda uma outra categoria em que o tempo é determinante para os efeitos de determinado ato ou fato jurídico. Primeiramente, tem-se o conceito de “duração razoável do processo”, que vincula a legalidade do processo a um período não desarrazoadamente dilatado.

No campo processual, destacam-se os prazos processuais, que correspondem a intervalos de tempo definidos para a prática de determinados atos processuais, os quais não poderão ser praticados em outro momento. Caso determinado ato seja praticado fora do intervalo determinado (antes de seu início ou depois de seu encerramento), ocorrerá a preclusão temporal.

É possível citar, também, a tutela de urgência, que corresponde à necessidade de uma tutela provisória pleiteada por uma parte que teme que o decurso de tempo torne inútil o próprio processo.

Ainda, deve-se lembrar do conceito de juro, correspondendo à remuneração do dinheiro ao longo do tempo. Importante mencionar, sem adentrar em tal discussão, que a ideia da remuneração do dinheiro no tempo era condenada antigamente Aristóteles (1998, p.28):

O que há de mais odioso, sobretudo, do que o tráfico de dinheiro, que consiste em dar para ter mais e com isso desvia a moeda de sua destinação primitiva? Ela foi inventada para facilitar as trocas; a usura, pelo contrário, faz com que o dinheiro sirva para aumentar-se a si mesmo; assim, em grego, lhe demos o nome de tokos, que significa progeneritura, porque as coisas geradas se parecem com as que as geraram. Ora, neste caso, a moeda que torna a trazer moeda, gênero de ganho totalmente contrário à natureza.

Essa terceira categoria de exemplos demonstra hipóteses em que o tempo tem relação direta com os efeitos do ato ou fato jurídico.

Não há dúvidas, portanto, de existem diversas hipóteses em se atribuiu efeitos jurídicos ao tempo. Mas seria o tempo, ele próprio, um fato jurídico? Para Ihering (1979, p. 242-246) existem três categorias de atos ou fatos, analisados sob a perspectiva jurídica:

Examinando o complexo de pressupostos em que se fundamenta a existência da sociedade, concluímos que se agrupam, no que concerne à atitude do direito com relação a eles, em três categorias, que prefiro designar como extrajurídicos, mistos e *puramente jurídicos*.

A primeira categoria refere-se à natureza. Ou essa oferece ao homem estes pressupostos, sem esforço e de boa vontade, ou o homem tem de extrair dela à custa de fatigante luta. O direito não tem, aí, nenhuma participação, só exercendo seu poder sobre o homem, não sobre a natureza. Portanto, esses pressupostos se estremam como sendo de *natureza extrajurídica*.

A outra parte refere-se exclusivamente ao homem, e aí também surge a distinção dentre o que se dá voluntariamente e o que se obriga. O indivíduo age a serviço da sociedade voluntariamente, sempre que seu interesse coincide com o dela, e tal ocorre, em geral, quando se trata de quatro condições vitais, fundamentais da sociedade: *a conservação da vida, sua reputação, o trabalho e o comércio*, eis que para estes fins atuam, no homem, três poderosos motivos: o instinto de auto conservação, o instinto sexual e o instinto de aquisição. (...).

(...).

Os quatro requisitos fundamentais da existência da sociedade focalizados até o momento – auto conservação, reprodução, trabalho, comércio – designo como condições vitais *mistas*, de vez que sua garantia assenta não primacialmente no direito, mas em a natureza, no poder dos três instintos naturais mencionados, em cujo auxílio vem o direito, excepcionalmente, na hipótese de faltarem. A elas contraponho condições vitais *puramente jurídicas*, que são aquelas para cuja garantia a sociedade depende exclusivamente do direito. Basta que se concebam os reclamos de uma e de outra classe sob a forma de um comando, para que se adquira a convicção de que ambas são de natureza fundamentalmente distinta. Não é mister que a legislação promulgue regulamentos jurídicos como: *bebe e come; quando em perigo, preserva tua vida; reproduz; trabalha; vende*, mas por toda parte se repetem comandos: “*não matarás*”; “*não furtarás*”; “*paga tuas dívidas*”, “*obedece ao poder público*”, “*paga os tributos ao estado*”, “*presta serviço militar ao estado*”, etc., contudo, o estado, com estes comandos, não prescreve nada que não seja ditado pelo verdadeiro interesse de seus membros. Basta que se faça uma mera abstração para que se compreenda isso. Sem esses comandos, ninguém estaria seguro de sua vida e de sua propriedade. Seria a guerra de todos contra todos. (...). (IHERING, 1979, p. 242-246)

O tempo, fenômeno natural que independe de qualquer ação humana (e que, como visto, pode preceder a própria existência), seria um fato extrajurídico, na classificação de Rudolf Von Ihering. Ocorre que o tempo, como visto, é também um fenômeno social: a divisão e a contagem do tempo em segundos, minutos, horas, dias, semanas, meses anos etc. Nesse caso, seria o tempo, também, um fato jurídico. Assim pontua Santi (2001, p. 41-42):

Há, ainda, tempo no acontecimento e na duração do fato, sendo que o direito pode, arbitrariamente, destacar como fato jurídico um ou outro (o tempo do acontecimento ou o da duração). É este, aliás, o cerne da controvertida classificação dos fatos geradores em simples e complexos. Prazos judiciais também são fatos jurídicos. Delineados pela duração ou pelo termo final – 5 dias, 10 dias, 15 dias, 120 dias, 5 anos ou 20 anos – é o direito que traça o arcabouço do fato e define seus efeitos.

Assim, reconhecendo-se que o tempo assume múltiplas facetas, e que se trata de um fato ou fenômeno que extrapola a esfera jurídica, deve-se considerar que o tempo é também um fato jurídico, que, justamente por sua complexidade, produz efeitos dos mais variados na esfera jurídica.

## **Tudo a seu tempo: a influência do tempo na decisão judicial**

François Ost (2005, p. 386) destacou que o Direito é essencialmente processual asseverando que o tempo configura um dos riscos dessa “processualização”

Paradigma dominante da filosofia política e jurídica contemporânea, a processualização deverá explicar sua relação com os dois riscos entre os quais se desenvolve. . Quanto à sua atitude em relação às posições de autoridade, das formas adquiridas de legitimidade ou de qualquer outro resíduo de tradição, seu objetivo é claro: é de oposição frontal; é contra este fixismo que ela se constrói. Em contrapartida, sua relação com o risco de anomia parece muito mais ambíguo, de modo que muitas de suas formulações não escapam ao perigo de subdeterminação do tempo, típica do modelo do mercado – abrindo assim, o caminho para o risco de diluição do liame social, de desinstituição do sujeito e de domínio dos mais poderosos. (OST, 2005, p. 386)

Justamente acerca desse risco que a temporalidade traz ao processo, Carnelli (1960, p. 152-153) traz um questionamento em relação aos seus efeitos perante o juiz:

Antes de tudo, impõe-se uma pergunta: qual é a Temporalidade do juiz, entidade múltipla em sua estrutura unitária, inerente ao Direito que, à vez, constitui?

O juiz é a vontade normativa do Estado, vontade imputante, segundo estabeleceu Kelsen, e não psicológica.; de quaisquer modos, lógica; se não formal simplesmente, jurídico-formal. Nesta posição, o juiz, órgão do Estado, conceito integrante de uma norma já expungida de todo psicologismo e de todo empirismo, elemento, enfim, da lógica relativa ao dever-ser, resulta evidentemente intemporal. Não é, desde logo, Tempo existenciário, nem está, tampouco, no tempo do Mundo.

Mas esse juiz que positiviza, também conhece. Conhece, individualizando a norma que há de pôr. E, então, consciência dentro da mesma lógica jurídico-formal enquanto lógica de individualização normativa. E conhece aprendendo a *realidade* objetivante que haverá de conceituar. Compreensão, então, via da qual o sujeito entre no objeto conhecido. O juiz, aqui, tampouco é Tempo existencial, nem está no tempo mundano. Sua consciência participa, com seu objeto, de um mesmo agora psíquico e, em tal forma, é possível falar-se, a respeito, de certa temporalidade. Já esclarecemos que em termos. A consciência e seu objeto compartilham, sem dúvida, um só *nunc*. Nesse *nunc* cada um deles acha-se em presença do outro, e ambos resultam, assim, contemporâneos. Esta contemporaneidade sugere o conhecimento de um presente que, como um dos três êxtases co-essenciais, integra a genuína Temporalidade. Nem o *nunc* característico do tempo mundano. O suposto presente constituiria, quanto ao mais, um ato, não um fenômeno. Com estas reservas admitimos que a consciência judicial tem um presente *sui generis*: o presente do *eu puro*, que Husserl define, com seu tempo e sua história.

O juiz, finalmente, é também conduta, dado que em todo juiz há sempre um homem (138). Conduta que aparece como objeto no Mundo, onde toma posições seguindo a ordem sucessiva do tempo correspondente, ou seja, do tempo mundano. Apenas, essa conduta não é todo objeto, posto que se está objetivando e é, portanto, conduta-existência. Existência, ou seja: temporalização.

Em resumo: o Direito, como objeto, está no tempo mundano. Em seu ser fundamentante o Direito é Tempo existencial. Toda conduta jurídica envolve uma existência: como simples conduta está em seu “agora”; e este agora radica em um presente que é o presente da existência, que a configura. (CARNELLI, 1960, p. 152-153):

François Ost e de Lorenzo Carnelli apresentam preocupação com o efeito do tempo na decisão judicial. Sintetizando-se a problematização, verifica-se que o juiz não julga contemporaneamente à ocorrência do fato, mas somente posteriormente, com o risco de fazê-lo com viés retrospectivo (*hindsight bias*). É justamente essa questão que se pretende enfrentar, sob o enfoque específico da distância entre o julgamento de determinado fato, à luz da lei, e o momento social em que tal lei foi promulgada.

Conforme ensinou Rosa (1984, p. 57) o Direito é um “resultado da realidade social” andando, portanto, sempre atrás do desenvolvimento da sociedade. Nesse cenário, quando uma lei é promulgada, ela já estaria “atrasada” em relação ao desenvolvimento social, uma vez que parte deste.

O juiz, por sua vez, deve, em regra, decidir conforme a lei. Assim, um fato será julgado conforme uma prescrição abstrata que reflete os anseios sociais pretéritos (que podem se manter atuais, ou não). E, nesse caminho, deve-se considerar que o processo, com seus atos e prazos, adiciona ainda mais tempo para que o fato tenha seu julgamento definitivo.

Depender de um julgamento representa, sob o aspecto jurídico, verdadeira “viagem” ao futuro. Isso porque o fato em si já foi consumado, mas a análise e a valoração de tal fato somente ocorrerá no futuro, e levará em consideração, invariavelmente, fatores que não estavam presentes no momento em que tal fato ocorreu. Isso porque, conforme o tempo passa, a sociedade continua a evoluir, as percepções e os valores mudam, e, na maioria dos casos, já se conhecerá, inclusive, os resultados decorrentes do ato ou fato a ser julgado.

Dessa forma, quando o juiz julga determinado ato ou fato, o faz com influência de eventos posteriores à ocorrência de tal ato ou fato, de forma que esse julgamento não refletirá o entendimento jurídico mais puro daquele ato ou fato no momento de sua ocorrência. Há, portanto, certa “contaminação” no julgamento.

Em suma, o sistema jurídico apresente uma distorção natural entre o ato ou fato, e o julgamento desse ato ou fato, porque analisados em momento distintos e, conseqüentemente, serem valorados de formas distintas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: JÁ NÃO ERA SEM TEMPO**

“Tempo” não representa um conceito concreto e unívoco. Na filosofia, muito se debateu sobre o tempo: desde os registros mais remotos, há debate acerca do conceito de tempo, concluindo-se que é possível analisá-lo sob os mais diversos aspectos. Mesmo recorrendo-se à física, tem-se que o tempo é relativo. Sir Issac Newton já formulava hipóteses nesse sentido, posteriormente confirmadas pela Teoria da Relatividade desenvolvida por Albert Einstein.

Assim, em vez de tentar buscar conceituar o “tempo”, o presente estudo partiu de uma percepção mundana de tempo como uma medida de distância entre dois momentos, conforme a divisão atualmente convencionada de segundos, minutos, horas, dias etc.

O tempo é, concomitantemente, fenômeno natural (tempo natural) e social (tempo social). Natural porque corresponde ao curso normal da vida; social porque a forma em como é segmentado e medido decorre de convenção humana. E, nessa ambivalência, tem-se que o tem-

po possui efeitos jurídicos, como ocorre com a prescrição, a decadência, a usucapião, a *vacatio legis*, o termo inicial, a duração razoável do processo, a tutela de urgência, o juro etc., sendo, portanto, um fato jurídico.

Para além da identificação do tempo como um fato jurídico, o presente estudo analisou o efeito do tempo nas decisões judiciais, demonstrando o distanciamento entre (i) o ato ou fato a ser julgado; e (ii) os anseios sociais que deram origem à lei que balizará o julgamento daquele ato ou fato. Considerando-se tal distanciamento, verifica-se que o juiz, quando julga determinado ato ou fato, o faz com influência de eventos posteriores à ocorrência de tal ato ou fato, de forma que esse julgamento não refletirá o entendimento jurídico mais puro daquele ato ou fato no momento de sua ocorrência.

Dessa forma, sabendo-se que o decurso do tempo afeta a avaliação do juiz acerca do ato ou fato analisado (e não se está considerando, aqui, as questões atinentes à prova e ao exercício do direito de defesa, que também são afetados pelo transcurso do tempo), tem-se que o tempo deve ser ponderado nas decisões judiciais, no momento do julgamento sobre os fatos, reconhecendo-se que o distanciamento entre os três momentos (momento dos anseios sociais que deram origem à lei; momento do ato ou fato jurídico; e momento do julgamento desse ato ou fato jurídico e interpretação da lei) influencia na segurança jurídica.

Por conseguinte, pretendeu-se, com o trabalho desenvolvido, demonstrar que mesmo quando não configura fato jurídico próprio, sob a dogmática jurídica (assim entendido o tempo como fato jurídico previsto e regulamentado), o transcurso do tempo é um elemento que não pode ser ignorado pelo juiz quando aprecia determinado ato ou fato, tendo em vista que aquele ato ou fato foi concluído no passado, e é naquele momento em que tal ato ou fato deveria ser avaliado juridicamente.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Física. Tradução de Lucas Angioni. Campinas: Editora UNICAMP, 2009.
- \_\_\_\_\_. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BLOCH, Marc Léopold Benjamim, Apologia da história: ou o ofício de historiador. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRAGUE, R. O Tempo em Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2006.
- CARNELLI, Lorenzo. Tempo e direito. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Kofino – Editor, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. Arte do direito. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2001.



- COMTE-SPONVILLE, André. O ser-tempo. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKING, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2017.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, R. Limongi. Formas e aplicação do direito positivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- HAWKING, Stephen. Breves respostas para grandes questões. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.
- \_\_\_\_\_; MLODINOW, Leonard. Uma nova história do tempo. Tradução de Vaera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia do espírito. 5. ed. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- \_\_\_\_\_. Princípios da filosofia do direito. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.
- IHERING, Rudolf Von. A finalidade do direito. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 4ª Ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mourujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KOSELLECK, Reinhart. Futuro passado. Tradução de Wilma Patricia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- LANDAU, Lev Davidovich; LIFSCHITZ, Evgeny Mikhailovich. The classical theory of fields. London: Pergamon Press, 1959.
- MACEDO, Sílvio de. Lógica jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- MARRAMAO, Giacomo. Poder e secularização: as categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.
- MATTOS, Carlos Lopes de. Filosofia da realidade e da projeção. Capivari: Gráfica e Editora do Lar, 1988.

- \_\_\_\_\_. Fracis Bacon, Descartes, Spinoza. Capivari: Gráfica e Editora do Lar / ABC do Interior, 1987.
- MAXIMILIANO, Carlos. hermenêutica e aplicação ao direito. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. Sociologia do direito. O fenômeno jurídico como fato social. 8ª edição. Zahar Editores, 1984.
- MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 22ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- NEWTON, Isaac. Principia: princípios matemáticos de filosofia natural. Vol.I. Tradução de Trieste Ricci *et al.*, São Paulo: Nova Stella / EDUSP, 1990.
- NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem e prescrição. São Paulo: Atlas, 2014.
- OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernanes; revisão técnica de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.
- PLATÃO. Diálogos. Tradução Carlos Alberto Nunes. Pará: Universidade Federal do Pará, 1977.
- PLOTINO. Tratados de Enéadas/Plotino. São Paulo: Polar Editorial, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral. I.VI, 4ª Ed. São Paulo: RT, 1974.
- PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
- PUENTE, Fernando Ruy. Ensaio sobre o tempo na filosofia antiga. São Paulo: Annablume Editores, 2010.
- RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. Vol. I. Tomo III. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SANTO AGOSTINHO. Confissões. São Paulo: Vozes, 1997.
- SARAPU, Daniel Vieira. Direito e memória: uma compreensão temporal do direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 4ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1974.
- THOMPSON, Richard L. (2007). The Cosmology of the Bhagavata Purana: Mysteries of the Sacred Universe. Delhi, 2007. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=3TZmDSr-1msC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=3TZmDSr-1msC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) Acesso em 01.12.2021.



# A maioria do incidente de deslocamento de competência

---

Livia Louzada de Moraes

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.22

## RESUMO

Discute-se a atualidade e necessidade da federalização dos crimes contra os direitos humanos, após mais de dezoito anos da inserção do instituto do incidente de deslocamento de competência por meio da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, objetivando-se ampliar as reflexões e debates em torno da matéria. Apresenta-se o contexto em que se deu a criação do instituto. Analisa-se o instituto do incidente de deslocamento de competência, em seu conceito, natureza jurídica, pressupostos, momento para sua propositura e o papel do Superior Tribunal de Justiça para julgamento. Apresentam-se os casos em que houve deslocamento da competência para o âmbito federal. Conclui-se que a federalização dos crimes contra os direitos humanos não deve ser encarada como substitutiva da ação das autoridades e da Justiça Estadual, mas sim como uma convergência de esforços, no âmbito doméstico, no sentido de cumprir os compromissos assumidos pelo Brasil quando da ratificação de tratados internacionais, a fim de se efetivar a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** federalização. direitos humanos. incidente de deslocamento de competência.

## ABSTRACT

The current situation and need for federalization of crimes against human rights are discussed, after more than eighteen years since the inclusion of the institute of displacement of competence through Constitutional Amendment No. 45, of December 2004, aiming to broaden reflections and debates on the subject. The context in which the institute was created is presented. The institute of displacement of competence is analyzed, in its concept, legal nature, presuppositions, moment for its proposal, and the role of the Superior Court of Justice for judgment. Cases where there has been a displacement of competence to the federal level are presented. It is concluded that the federalization of crimes against human rights should not be seen as a substitute for the action of authorities and state justice, but rather as a convergence of efforts, domestically, to fulfill the commitments assumed by Brazil when ratifying international treaties, in order to ensure the dignity of the human person.

**Keywords:** federalization. human rights. incident of displacement of jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

Passados dezoito anos do ajuizamento do primeiro Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), a federalização dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos, como forma de evitar a responsabilização do Brasil perante as cortes e organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, ainda se mostra como um instrumento jurídico atual e necessário.

O debate sobre os avanços e retrocessos na tutela dos direitos humanos em nosso país, após alcançada a maioria do instrumento que possibilita a atuação dos órgãos policiais e judiciários no âmbito da União passa impreterivelmente pela compreensão de como pode e como tem sido manejado e julgado o IDC.

Apesar dos diversos compromissos firmados pelo Estado brasileiro com vistas à proteção de direitos humanos, como a ratificação de tratados internacionais e o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, persistem casos de omissão e negligência na apuração dos crimes que violam estes direitos.

Tais crimes, com efeito, expõem de forma negativa a imagem do Brasil no exterior, demandando, por conseguinte, uma postura mais ativa do Estado na sua contínua persecução, repressão e, sobretudo, em sua prevenção, com a correspondente proteção à dignidade da pessoa humana.

Existe um consenso na sociedade civil e entre os operadores do direito de que o sistema judiciário brasileiro precisa passar por reformulações imediatas, tendo em vista diversos problemas como a ausência de recursos e pessoal qualificado; polícia despreparada e mal equipada; pouca agilidade da estrutura judiciária, dentre outros.

Foi neste diapasão que a Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 31 de dezembro de 2004 (doravante EC n.º 45/04), também denominada “Reforma do Judiciário”, buscando dar uma resposta aos reclamos e anseios da sociedade civil, versou especificamente sobre tais problemas.

Partindo da premissa de que justiça lenta é sinônimo de injustiça e, no âmbito penal, também é sinônimo de impunidade, a EC n.º 45/04 teve como seu grande foco a questão de como tornar o Poder Judiciário brasileiro apto para responder às demandas crescentes dos cidadãos e capaz de fazer frente aos desafios de uma sociedade conflituosa diante dos milhares de ações que chegam às Varas e Tribunais todos os dias.

No bojo da Reforma do Judiciário, foram carreadas diversas inovações e alterações, dentre as quais se destaca a inclusão do inciso V-A e do parágrafo 5º ao artigo 109 da Constituição da República Federativa do Brasil, destinado a estabelecer as hipóteses de competência dos juízes federais. Esta inclusão deu origem ao que ficou popularmente conhecido como “federalização dos crimes contra os direitos humanos”.

Tal instituto, objeto do presente estudo, consiste na modificação ou deslocamento de competência da Justiça comum Estadual ou Distrital para a Justiça Federal, em casos de demonstração concreta de risco de descumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, quando evidenciada a incapacidade das autoridades estaduais e/ou da Justiça em promover a apuração e responsabilização pelas graves violações de direitos humanos.

O tema fomenta instigantes discussões, especialmente quando há repercussão internacional gerada em razão dos atos praticados, já que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais pelos quais se compromete na defesa dos direitos humanos.

O homicídio da missionária norte-americana, *Dorothy Stang*, defensora dos trabalhadores regionais e da sustentabilidade da floresta, ocorrido em Anapu no Estado do Pará, em fevereiro de 2005, foi o primeiro destes casos.

A decisão do STJ, entretanto, negou provimento ao pedido, equiparando o IDC ao instituto do desaforamento dos procedimentos do Tribunal do Júri, previsto no artigo 424 do Código de Processo Penal (CPP), e questionou sua auto aplicabilidade por falta de regulamentação.

Deste então, o STJ já teve a oportunidade de analisar o mérito de diversos outros pedidos de deslocamento da competência. Casos emblemáticos como dos vereadores Manoel Mattos (IDC 2) e Mariele Franco (IDC 7) foram analisados, tendo sido a competência deslocada com parcimônia e ponderação.

Ao mesmo tempo em que almeja assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, a federalização das graves violações de direitos humanos busca sinalizar para o cenário internacional uma prioridade em viabilizar, de forma efetiva, um controle desses direitos, o que permite, em última instância, aprimorar o grau das respostas institucionais, nas diversas esferas federativas.

## **CONTEXTUALIZAÇÃO DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS**

O constituinte originário erigiu a dignidade da pessoa humana à qualidade de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), estabelecendo no artigo 4º, inciso II da Constituição Federal, que as relações internacionais se regem, dentre outros princípios fundamentais, pelo da prevalência dos direitos humanos.

Dispôs, ainda, no artigo 7º dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição, que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos<sup>1</sup>.

Com o processo de democratização, que se deu a partir de 1985 e teve como ápice a promulgação da Constituição da República em 1988, o Brasil foi inserido no cenário da proteção internacional dos direitos humanos, mantendo relações com Estados estrangeiros, participando de organizações internacionais, além de ser signatário de uma série de tratados e convenções internacionais que versam sobre a defesa dos direitos humanos e pelos quais responde perante os demais signatários em caso de eventual descumprimento, tais como<sup>2</sup> o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 24/01/1992 e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 06/07/92); b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, objeto de adesão pelo Brasil em 25/09/1992 e promulgada pelo Decreto n.º 678, de 06/11/1992), dentre outros.

Ademais, o Decreto Legislativo n.º 89/98, publicado no DOU, de 04/12/1998, reconheceu a competência jurisdicional obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), promulgada pelo Decreto n.º 678/92<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; BONSAGLIA, Mário Luiz. *A proposta de federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.81, p.6-7, ago.1999.

<sup>2</sup> VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos Humanos: Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>3</sup> A declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria Geral da OEA em 10 de dezembro de 1988. Por tudo isto, o Decreto Presidencial n. 4.463/2002, nos termos de seu art. 1º, reconheceu como obrigatória, de pleno direito, e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Flávia Piovesan<sup>4</sup> pontua que:

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ao consagrarem parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados, apresentam um duplo impacto: são acionáveis perante as instâncias nacionais e internacionais.

No campo nacional, os instrumentos internacionais conjugam-se com o Direito interno, ampliando, fortalecendo e aprimorando o sistema de proteção dos direitos humanos, sob o princípio da primazia da pessoa humana.

No campo internacional, os instrumentos internacionais permitem invocar a tutela internacional, mediante a responsabilização do Estado, quando direitos humanos internacionalmente assegurados são violados.

Para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado tem a responsabilidade primária no tocante à proteção de direitos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária, quando as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas na proteção de direitos. (PIOVESAN, 2007)

As violações de direitos humanos ganharam indiscutível visibilidade com a intervenção internacional, materializada por meio da supervisão e monitoramento do modo pelo qual os Estados garantem os direitos humanos internacionalmente assegurados, bem como pela legitimação para o encaminhamento de denúncias quando os standards internacionais de proteção a estes direitos são desrespeitados – seja pela insuficiência ou até pela inexistência de resposta por parte do Estado violador.

Proporcionam-se, assim, meios de pressão internacional e, conseqüentemente, oferece-se risco de constrangimento político e moral ao Estado, que terá que justificar suas práticas.

Nos termos do artigo 21, I, da Carta Magna de 1988, é a União quem se responsabiliza, única e exclusivamente, em nome da República Federativa do Brasil, no plano internacional, pelas regras e preceitos fixados nos tratados internacionais.

A jurisdição internacional, tanto em decisões da Corte Europeia como da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não aceita a irresponsabilidade por questões federativas, não sendo uma resposta tolerável nem legítima a afirmação de que União não é responsável pelo descumprimento de tratados e afronta a direitos humanos no território nacional cometidos por seus Estados-membros, uma vez que a organização federal do Estado é decidida, soberanamente, por cada país.

Se a União responde internacionalmente pelas violações contra os direitos humanos, faz-se necessário um mecanismo para tentar fazer valer, no âmbito da sua jurisdição, estes direitos quando forem gravemente violados e quando os instrumentos no âmbito dos Estados-membros forem insuficientes ou não efetivos.

Foi no sentido de adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, portanto, que a EC nº 45/04 estabeleceu a federalização dos crimes contra os direitos humanos, já que, por comandos internacionais, a União se obrigou a fazer valer tais direitos em todo o território nacional.

---

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/jglobal/jglobal2000/osistemainternacional.html>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

## O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL EM CASOS DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O parágrafo 5º do artigo 109 da Constituição da República prevê que, nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República poderá, em qualquer fase do inquérito ou processo, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

A federalização dos crimes contra os direitos humanos é manejável por meio do incidente de deslocamento de competência que pode ser conceituado como um instrumento político-jurídico, de natureza processual penal objetiva, que permite ao Poder Judiciário Federal e ao Ministério Público Federal, por meio da iniciativa do Procurador-Geral da República, garantir a efetividade da prestação jurisdicional em casos de graves violações aos direitos humanos e, conseqüentemente, o cumprimento das obrigações previstas em tratados internacionais pelos quais o Brasil responde internacionalmente.

Esse instituto é, em última instância, uma ferramenta processual penal criada com fim de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana – princípio constitucional da mais alta relevância, consagrado na Carta Constitucional de 1988, e um dos fundamentos da República –, bem como para preservar a prevalência dos direitos humanos – que por sua vez, configura um dos princípios pelos quais se guia o País em suas relações internacionais e, obviamente, no plano interno.

Como seu próprio nome já denota, o incidente de deslocamento de competência tem a natureza jurídica de um incidente processual, isto é, um antecedente lógico, necessário e condicionante da resolução do mérito.

O IDC tem natureza jurídica de procedimento judicial incidental por meio do qual se promove o deslocamento ou modificação da competência jurisdicional da Justiça comum Estadual ou Distrital para a Justiça Federal, e que é suscitado (e não resolvido, ressalte-se aqui) por iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, único legitimado ativo para propositura do IDC.

Cuida-se, em verdade, de uma genuína garantia individual posta à disposição tanto dos acusados quanto das vítimas de delitos cometidos contra os direitos humanos.

Vladimir Aras<sup>5</sup> pontua que, em caso de arquivamentos indevidos, omissão ou demora injustificável na prestação jurisdicional em causas de direitos humanos, podem os interessados provocar a federalização, dirigindo-se ao Procurador-Geral da República que, após realizar uma apuração preliminar, decidirá sobre a instauração do incidente.

A propositura do IDC não transfere automaticamente a competência para a Justiça Federal de maneira indiscriminada e generalizada<sup>6</sup>, mas apenas quando presentes os seus pressupostos constitucionais, quais sejam:

<sup>5</sup> ARAS, Vladimir. *A federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 18 abr. 2007.

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Reforma do Judiciário: Justificativa da Federalização dos crimes contra os direitos humanos. Dispositivos da PEC 96/92 prioritários para o ministério da Justiça*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2007.



- a) demonstração concreta de grave violação a direitos humanos;
- b) risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de proteção a direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário e, não propriamente, de direitos fundamentais constitucionais e,
- c) comprovação de omissão, leniência, excessiva demora, conluio ou conivência dos órgãos de persecução criminal e julgamento do Estado-membro ou do Distrito Federal.

Os dois primeiros pressupostos<sup>7</sup> encontram alicerce na responsabilização no plano internacional do Brasil, perante cortes e organismos internacionais e, por esta razão, estão intimamente ligados à finalidade precípua do instituto, constitucionalmente prevista, de “assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”, garantindo, conseqüentemente, a efetiva prestação jurisdicional nas hipóteses de graves violações a direitos humanos.

Daí poder se afirmar que o IDC também possui natureza de garantia individual e, portanto, tem aplicação imediata conforme prevê o artigo 5º, §1º, da Constituição da República, servindo primordialmente aos interesses da vítima e da sociedade, no ideal de segurança jurídica e de reparação.

Presta-se, também, conforme ressalta Aras, a resguardar a posição jurídica dos autores desses delitos, no que diz respeito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) – princípio positivado recentemente pela EC nº 45/04 –, e ao respeito aos seus direitos fundamentais por parte dos Estados-membros e do Distrito Federal<sup>8</sup>.

Do terceiro pressuposto, se extrai o momento para suscitar tal incidente, que pode se dar em qualquer fase do inquérito policial ou do processo, desde que se esteja diante de omissão ou ineficiência das autoridades responsáveis pela apuração, persecução, julgamento e punição desses delitos.

Inclui-se também a fase processual da execução da pena, uma vez que a execução da sentença condenatória também pode ser descumprida ou irregularmente executada, afrontando gravemente os direitos humanos e gerando, igualmente, impunidade.

Neste passo, verificada a configuração de tais pressupostos, o Chefe do Ministério Público da União (MPU) submeterá a questão ao Superior Tribunal de Justiça – órgão competente para decidir pelo deslocamento ou não da jurisdição –, transferindo a competência para a Justiça Federal ou mantendo a competência da Justiça comum.

## O PAPEL DO STJ NO JULGAMENTO DO IDC

Conforme sublinha Tavares<sup>9</sup>, o STJ foi alçado à condição de tribunal da Federação, responsável pela tarefa de equacionar as dificuldades relacionadas ao cumprimento judicial de obrigações relacionadas aos direitos humanos, inclusive aquelas decorrentes de tratados internacionais versando sobre a temática.

<sup>7</sup> Sendo o primeiro deles analisado no quarto capítulo desta monografia.

<sup>8</sup> ARAS, Vladimir. *Op. cit.*

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.* p. 49.

Tendo em vista que a solução de conflitos de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, compete ao STJ, conforme dispõe a regra contida no artigo 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal, ao julgar o IDC, o tribunal está solucionando uma espécie de conflito de competência, visto que, nos casos de grave violação de direitos humanos, previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, há uma competência virtual ou potencial da Justiça Federal<sup>10</sup>.

O incidente será apreciado pela Terceira Seção do STJ, composta pelos ministros da 5ª e 6ª Turmas do Tribunal, dentre os quais se escolherá o relator, e será submetido a julgamento coletivo, conforme determinado pela Resolução nº 06/05 da Presidência do STJ<sup>11</sup>.

A confiança nas instituições públicas, constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar na investigação (Polícia Judiciária), persecução penal (Ministério Público Estadual) e julgamento (Justiça Estadual) desses casos deve, como regra, prevalecer, ser apoiada e prestigiada.

De acordo com Simone Schreiber e Flávio Dino de Castro e Costa<sup>12</sup>, tem-se um mecanismo marcado pela subsidiariedade, em que o órgão que primeiro tem a competência para apreciar o fato funciona mal e, somente em decorrência deste “mau funcionamento” abre-se a possibilidade de submeter-se a questão à outra instância.

## O IDC HOJE

Passados quase vinte anos da inserção do IDC no ordenamento jurídico brasileiro e apesar dos poucos casos em que o STJ tenha julgado pela procedência do pedido, não prosperaram os argumentos contrários à federalização dos crimes contra os direitos humanos, nem mesmo as tentativas de impugnação judicial do instituto.

Trata-se de medida excepcional, porém imperativa na busca por aprimorar a defesa e salvaguarda da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>, que se justifica pelo fato de ser a União responsável, no plano externo, pelas obrigações jurídicas internacionais assumidas em matéria de direitos humanos, quando da ratificação de tratados protetivos destes direitos<sup>14</sup>.

O IDC se constitui em um mecanismo que, além de demonstrar aos organismos, organizações e Cortes internacionais a intenção do Estado brasileiro em respeitar os tratados internacionais por ele assinados, assegura a efetividade do princípio da inafastabilidade da jurisdição em casos de lesão ou ameaça a direito e do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no âmbito interno.

A primeira federalização se deu em 2010, no caso do advogado e vereador Manoel Mattos, brutalmente assassinado na Paraíba (IDC 2) que chegou ao conhecimento da OEA, reconheceu-se o desvio de condutas de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual

<sup>10</sup> ARAS, Vladimir. *Op. cit.*

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n.º 06, Brasília, 16 fev. 2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/porta\\_publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77566&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=IDC](http://www.stj.gov.br/porta_publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77566&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=IDC)>. Acesso em: 25 abr. 2007.

<sup>12</sup> SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e Costa. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n. 53, p. 19-25, set. de 2002.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo: ed. Max Limonad, cap.14.

<sup>14</sup> Idem. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: a exigência da federalização*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_federalizacao.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html)>. Acesso em: 22 abr. 2007.

relacionado à atuação de grupos de extermínio.

Posteriormente, em 2013, também foi julgado procedente o IDC 3 para o deslocamento de competência para a Justiça Federal de Goiás em razão da demonstração inequívoca da incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas às ocorrências de grave violações a direitos humanos.

No ano seguinte, em 2014, a Terceira Seção do STJ promoveu a federalização da investigação do homicídio de um promotor de Justiça, vítima de grupos de extermínio no Triângulo da Pistolagem - interior do estado de Pernambuco (IDC 5).

Os demais casos foram julgados improcedentes ou estão pendentes de julgamento, demonstrando o extremo cuidado na análise feita pelo STJ que só autoriza o deslocamento da competência diante da demonstração da imprescindibilidade da medida e desde que estejam demonstradas a falta de condição pessoais ou materiais das instituições responsáveis por levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os crimes que atentam contra os direitos humanos não afetam apenas um particular ou apenas aqueles que a ele estão diretamente relacionados, mas afrontam a sociedade como um todo.

Apesar de todo avanço na tutela dos direitos humanos e do aumento da conscientização sobre a necessidade de sua ininterrupta proteção, tais direitos foram e, ainda, continuam a ser desrespeitados reiteradamente.

Neste contexto, a federalização dos crimes contra os direitos humanos não pode ser encarada como substitutiva da ação das autoridades e da Justiça Estadual, mas sim como uma convergência de esforços no âmbito doméstico no sentido de cumprir os compromissos assumidos pelo Brasil quando da ratificação de tratados internacionais, a fim de se efetivar a dignidade da pessoa humana.

Diante dos casos em que fique evidenciada a incapacidade das autoridades e da Justiça Estadual de enfrentarem a contento e com celeridade o problema, por transcender sua capacidade operacional em solucioná-lo, o IDC tem se mostrado o instrumento adequado.

Apesar dos poucos casos em que STJ decidiu pelo deslocamento da competência para a esfera federal, o IDC tem se mostrado como instrumento de ultima ratio e necessário. Tanto é assim, que estão pendentes de julgamento outros seis casos envolvendo graves violações de direitos humanos.

É preciso, com efeito, que a federalização dos crimes contra os direitos humanos seja a medida mais adequada e imprescindível para o caso concreto, isto é, que não haja outro meio hábil e que as vantagens decorrentes de seu uso compensem os ônus decorrentes de sua aplicação.

Conclui-se, desse modo, que a federalização é compatível com os preceitos constitucionais e com a ordem jurídica brasileira em vigor, desde que vista sobre a ótica da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

- ANPR. Reforma da Estrutura do Poder Judiciário. Boletim dos Procuradores da República, n. 14, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim14/reforma.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2007.
- ARAS, Vladimir. A federalização dos crimes contra os direitos humanos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 18 abr. 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BICKEL, Alexander Mordecai. The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais In:
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: IDP, 2002, p.125.
- BRASIL é condenado por Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estadão, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ultimas/nacional/noticias/2006/ago/18/40.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números: Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário. Ano 2005. Disponível em: <<http://lupus.stf.gov.br/workshop/relatorio.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 93,95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=240366>>. Acesso em: 12 mar. 2007.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Diagnóstico do Poder Judiciário, Brasília, ago. 2004. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/diagnostico\\_web.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/diagnostico_web.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2007.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de motivos n.º 204. Brasília, 15 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/pacto%20pelo%20Judici%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2007.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer n. 5245/CF: incidente de deslocamento de competência n.º 1. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual do Pará. Denunciados. Rayfran das Neves Sales e outros. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.gov.br/biblioteca/arquivos-texto/IDC1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2005.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Reforma do Judiciário: Justificativa da Federalização dos crimes contra os direitos humanos. Dispositivos da PEC 96/92 prioritários para o ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2007.
- BRASIL. Plano Nacional de Direitos Humanos Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PRODHI.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM)>. Acesso em: 01 mai. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.647/06. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.phpm=enciclopedia&categ=10&t=UHJvcG9zdGFzIExlZ2lzbGF0aXZhcjAtIFByb2Nlc3NvIENpdmlsIC-0gT3V0cm9zIHByb2pldG9z>>. Acesso em: 17 abr. 2007. FALCÃO. Joaquim de Arruda. A bolha judicial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/verNoticia1.asp?>>. Acesso em: 17 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência. IDC n.º 1. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DOU de 09/03/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n.º 06, Brasília, 16 fev. 2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77566&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=IDC](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77566&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=IDC)>. Acesso em: 25 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n.º 3.486. Rel. Min. Cezar Peluso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n.º 3.493. Rel. Min. Cezar Peluso.

CASO Dorothy Stang: STJ nega pedido de federalização das investigações. Revista Consultor Jurídico, Brasília, 08 jun. 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/35344,1>>. Acesso em: 25 abr. 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Federalização dos Crimes: Parecer contra a EC45/04 e ADI no STF. Disponível em: <[http://www.juristas.com.br/n\\_3296~p\\_1~Federaliza%E7%E3o-dos-Crimes:-Parecer-contr-a-EC45-04-e-ADI-no-STF](http://www.juristas.com.br/n_3296~p_1~Federaliza%E7%E3o-dos-Crimes:-Parecer-contr-a-EC45-04-e-ADI-no-STF)>. Acesso em: 24 abr. 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. A federalização dos crimes contra os direitos humanos. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v.6, n. 11, p. 83-100, jan./jun. 1998.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Dados da CPT revelam que impunidade mantém violência no campo. Brasília, 16 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1835&eid=248>>. Acesso em: 25 abr. 2007.

DOROTHY Stang. Wikipedia. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Dorothy\\_Stang](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dorothy_Stang)>. Acesso: em 30 abr. 2007.

FALCÃO. Joaquim de Arruda. A bolha judicial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/verNoticia1.asp?>>. Acesso em: 17 abr. 2006.

FONTELES, Claudio Lemos. Ministério Público Federal: visão do biênio 2003/2005. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, 2006.

FRISCHEISEIN, Luiza Cristina Fonseca; BONSAGLIA, Mário Luiz. A proposta de federalização dos crimes contra direitos humanos. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.7, n.º 81, p. 6-7, ago. 1999.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Tribunal Penal Internacional: A Internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRANDA, Nilmário; PIOVESAN, Flávia. Justiça e combate à impunidade. Folha de São Paulo, São Paulo, p. A3, 30 mar. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_federalizacao.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html)>. Acesso em: 22 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. O Sistema Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/jglobal/jglobal2000/osistemainternacional.html>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Um tribunal permanente. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 out. 1996, Caderno Cotidiano, p. 32.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Renato Stanzola. Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer? Boletim Ibccrim, São Paulo, v.13, n. 150, p. 8-9, mai. 2005.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A verdadeira reforma do judiciário. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.13, n. 53, p. 357-366, mar./abr. 2005.

SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e Costa. Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. Boletim dos Procuradores da República, v.5, n. 53, p. 19-25, set. De 2002.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). A Reforma Judiciária no Brasil analisada e comentada. Rio de Janeiro: Método. p.49/50.

VILHENA, Oscar Vieira. Direitos Humanos: Normativa Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.b



# Reflexões sobre as novas regras de repartição de royalties do petróleo

---

Livia Louzada de Moraes

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.23

## RESUMO

Com a descoberta novas jazidas de gás natural e petróleo da camada do Pré-sal gerou-se a expectativa do aumento da produção nacional da commodity e dos investimentos necessários para viabilizar a aplicação e funcionamento desta atividade. Diante desta nova circunstância, tornou-se necessária a modificação da legislação vigente, estabelecendo um novo marco regulatório do setor petrolífero. Dentre as modificações legislativas está a Lei 12.734/2012 que alterou as regras sobre a repartição dos royalties do petróleo entre os entes produtores e não produtores. Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram impetradas perante o Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de julgamento, para reverter o novo cenário estabelecido que implicaria em grandes perdas para as finanças dos chamados produtores cujo orçamento é altamente dependente das rendas decorrentes dos repasses de royalties. Enquanto não há julgamento definitivo da matéria, paira a insegurança jurídica e permanecem as discussões sobre a forma mais adequada de rateio desta riqueza.

**Palavras-chave:** marco regulatório. royalties. petróleo.

## ABSTRACT

With the discovery of new natural gas and oil reserves in the pre-salt layer, there was an expectation of an increase in national production of the commodity and the necessary investments to make this activity viable. In light of this new circumstance, it became necessary to modify the existing legislation, establishing a new regulatory framework for the oil sector. Among the legislative modifications is Law 12.734/2012, which changed the rules on the distribution of oil royalties among producing and non-producing entities. Direct Actions of Unconstitutionality have been filed before the Federal Supreme Court, still pending judgment, to reverse the new scenario established, which would result in significant losses for the finances of the so-called producers whose budget is highly dependent on income from royalty payments. While there is no definitive judgment on the matter, legal uncertainty persists, and discussions continue about the most appropriate way to share this wealth.

**Keywords:** regulatory framework. royalties. oil

## INTRODUÇÃO

Em novembro de 2007, foi anunciada pela Petrobras a descoberta de novas jazidas de gás natural e petróleo leve de alta qualidade e alto valor comercial, com estimativa de vasto potencial de reservas em águas profundas nas bacias do Espírito Santo, Campos e Santos, em uma área denominada Pré-Sal, colocando o país em posição de grande produtor/ exportador de petróleo e gás natural (PIQUET; TERRA, 2011).

Tal descoberta permite um aumento significativo da produção nacional de petróleo, demandando, conseqüentemente maiores investimentos na indústria petrolífera brasileira e ampliação do horizonte de duração do atual ciclo de investimentos.

Em razão destas circunstâncias, a regulamentação jurídica da matéria precisou ser alte-



rada para se adequar à nova realidade. O modelo de marco regulatório (ou regime jurídico) adotado deveria, portanto, contemplar um novo paradigma de E&P (exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural) que permitisse o aumento das participações governamentais, com a manutenção da atratividade dos investidores e a redistribuição dos ganhos decorrentes da produção em favor da sociedade.

Ressalta-se que a atividade de E&P é regulamentada por cada país detentor de reservas de petróleo e gás natural conforme suas particularidades e necessidades locais, podendo ser adotados, portanto, diversos arranjos legais, fiscais, institucionais e de apropriação das rendas do petróleo.

A questão primordial da reformulação das regras institucionais e legais, segundo Nazareth, Salles e Quintanilha (2011, p. 180), é a distribuição da riqueza a ser gerada por essas atividades, dado que estão em jogo:

Interesses econômicos, políticos e geopolíticos, muitas vezes conflitantes, dos diversos atores envolvidos: a indústria petrolífera e parapetrolífera, nacional e estrangeira; os demais países, produtores e consumidores de petróleo; a sociedade brasileira; os governos brasileiros, em seus diversos níveis e esferas (NAZARETH, SALLES E QUINTANILHA, 2011, p. 180).

De acordo com Serra (2011, p. 144), uma série de fatores como o cenário vindouro em que o Brasil poderá se tornar um gigante petrolífero e a opção pelo fortalecimento (ou reestatização) da Petrobras como braço estratégico de investimento público, importou em uma conjuntura favorável à modificação das regras que regulam o setor petrolífero no país.

Neste diapasão, em agosto de 2009, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva (2003/2010) enviou uma série de propostas ao Congresso Nacional para elaboração do novo marco regulatório de exploração do petróleo na camada pré-sal, baseado, em síntese, em quatro pilares:

- i) novo regramento do sistema de E&P (Projeto de Lei nº 5.938/2009);
- ii) criação de uma empresa pública responsável pela gestão dos interesses da União nas novas operações (Projeto de Lei nº 5.939/2009);
- iii) criação de um fundo social, como grande beneficiário da receita governamental na partilha da produção, com vistas ao combate da pobreza e fomento a projetos de educação, cultura, ciência e tecnologia e sustentabilidade ambiental (Projeto de Lei nº 5.940/2009) e
- iv) capitalização da Petrobrás (Projeto de Lei nº 5.941/2009).

Com efeito, no ano seguinte, de modo a implementar as referidas propostas, foram sancionadas as seguintes leis:

- i) Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autoriza a cessão onerosa à Petrobras das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural na área do Pré-sal até o limite de 5 bilhões de barris de petróleo;
- ii) Lei nº 12.304, de 02 de agosto de 2010, que criou a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e
- iii) Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que instituiu o regime do contrato de

partilha de produção (RPP) a ser aplicado na exploração de campos do pré-sal, pelo qual a propriedade do petróleo extraído é exclusividade do Estado, cabendo ao concessionário explorar e extrair o petróleo às suas expensas em troca de parte do petróleo extraído.

A referida lei, determina que a Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados, além de criar o mencionado Fundo Social – FS para gestão dos recursos públicos federais advindos da exploração do pré-sal.

Posteriormente, já no primeiro mandato do governo da Presidente Dilma Rousseff (2011/2014), foi aprovada a polêmica Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, também conhecida como “a nova lei dos royalties”, por ter modificado substancialmente as regras de distribuição das rendas petrolíferas entre os entes da Federação, previstas nas Leis nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e nº 12.351/2010 (Lei do contrato de partilha de produção de petróleo), com vistas a aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Por fim, em 2013, foi sancionada a Lei nº 12.858 de 09 de setembro de 2013 que destina parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural para as áreas da educação (75%) e saúde (25%).

Apesar das inovações legislativas a Lei nº 9.478/1997 continua regendo a parte referente aos contratos de E&P que não estão ligados às áreas estratégicas do pré-sal, assim como o monopólio das atividades e a propriedade do subsolo e de seus recursos naturais permanecerá no âmbito da União (OLIVEIRA, 2013, p. 69).

Todas estas inovações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro, que constituem o novo marco regulatório do setor petrolífero, ensejaram inúmeras controvérsias jurídicas, polêmicas discussões e embates políticos em todo plano nacional principalmente envolvendo entes produtores e não produtores sobre o novo destino legal e a alocação das riquezas advindas do ouro negro.

## **A LEI 12.734/2012 E AS NOVAS REGRAS DE REPARTIÇÃO DOS ROYALTIES**

O debate sobre a distribuição espacial da riqueza advindas dos royalties do petróleo no país, prescinde da análise dos diversos papéis que estes recursos podem assumir como instrumento (SERRA, 2005, p.18-19):

- i) fiscal de captura pelo Estado das rendas petrolíferas;
- ii) regulatório,
- iii) compensatório pela alienação do patrimônio público;
- iv) compensatório pelos impactos territoriais de adensamento e custos sociais em razão das atividades de E&P;
- v) de desenvolvimento regional;
- vi) promotor de justiça intergeracional, o que pode variar no tempo e no espaço, não sendo adequado falar em um padrão.

É com base nesta gama de possibilidades de utilização dos recursos dos *royalties* que

podem ser eleitos critérios de repartição e aplicação destas rendas.

A repartição dos *royalties* do petróleo entre as esferas governamentais brasileiras já sofreu diversas alterações desde a criação da Petrobras com a Lei Federal nº 2.004/1953.

Entre 1969 e 1985, a produção de petróleo *offshore* não transferia *royalties* para esferas subnacionais (SERRA, 2004).

O modelo de repartição vigente na atualidade, criado em 1985 e consolidado pela Lei do Petróleo em 1997, passou a prestigiar os Estados e Municípios produtores, produzindo uma concentração regional dos *royalties* em razão da localização e proximidade com as jazidas (TERRA; FERNANDES; FERNANDES, 2013).

Com a descoberta de grandes reservatórios de petróleo e gás natural em águas profundas na camada do pré-sal brasileiro, a expectativa de significativos ganhos futuros trouxe à tona as discussões em torno da modificação dos critérios de repartição das rendas petrolíferas, acirrando as disputas entre os entes da federação por uma parcela destes recursos (OLIVEIRA; ARAÚJO; NAZARETH, 2013).

O Projeto de Lei – PL nº 2.565/2011 que deu origem à Lei nº 12.734/2012 teve em mira a promoção da descentralização da distribuição das receitas de *royalties* e participação especial dos contratos em vigor entre os entes federativos (LIMA, 2013, p. 3).

Outras propostas legislativas e emendas parlamentares (Análise BPR&R, 2003) já havia tentado sem êxito, modificar as regras de rateio dos *royalties* do petróleo ou a forma como estes deveriam ser utilizados, destacando-se as propostas de emenda constitucional (PEC) conhecidas como Emendas Ibsen Pinheiro e Simon, ambas de 2010, que ficaram conhecidas por proporem a divisão política entre entes produtores e não produtores na disputa em torno da riqueza esperada do pré-sal.

A PEC 387/2009 dos Deputados Federais Ibsen Pinheiro (PMDB-RS) e Humberto Souto (PPS-MG) propôs a alteração das regras de pagamento das participações governamentais dos futuros contratos regidos sob o RPP e contratos de concessão, inclusive os atuais, firmados sob a vigência da Lei nº 9.478/97, de modo a redirecionar os valores dos fundos repartidos entre todos os Estados e Municípios da federação (OLIVEIRA; ARAÚJO; NAZARETH, 2013).

Por seu turno, a Emenda Simon (Emenda Modificativa nº 24 ao PLC nº7/10) apesar de manter o mesmo critério de distribuição proposto na PEC 387/2009, excepcional os municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecido pela ANP (OLIVEIRA; ARAÚJO; NAZARETH, 2013).

A denominação “produtores” e “não produtores” se deve ao fato dos primeiros, que assim se autodenominam, receberem as compensações asseguradas na forma do §1º do art. 20, da Constituição Federal ou por serem afetados de algum modo pelas atividades do setor petrolífero, já que confronta, a plataforma continental onde se encontram as jazidas de petróleo em razão de sua localização geográfica (SERRA, 2004, p.174).

Partindo deste entendimento, foi criado em 2001 a Organização dos Municípios Produtores de Petróleo – OMPETRO, constituída pelos municípios de Armação de Búzios, Cabo Frio, Campos dos Goytacazes, Carapebus, Casimiro de Abreu, Macaé, Quissamã, Rio das Ostras e

São João da Barra (PIQUET, 2010, p. 82).

Não obstante ter sido aprovado no Congresso Nacional sem emendas das Casas Parlamentares, o referido projeto teve diversos de seus dispositivos vetados em 30 de novembro de 2012 pela Presidente Dilma, por considerá-los inconstitucionais e/ou contrários ao interesse público, a fim de preservar as regras até então vigentes sobre distribuição das receitas petrolíferas a Estados e Municípios produtores dos campos em operação cujos contratos ainda estejam em vigor, evitando, assim, uma tensão federativa (MENDES; OLIVEIRA, 2012).

Desta forma, as novas regras de distribuição só poderiam valer para os blocos (áreas de exploração no mar da camada do pré-sal) a serem leiloados a partir de 2013, já sob o regime de partilha.

Porém, em tumultuada sessão conjunta no Congresso Nacional, concluída às 4h30 da madrugada do dia 07 de março de 2013 (RAMALHO, 2013), todos os 142 vetos do Executivo foram rejeitados, restituindo a proposta original de redistribuição dos *royalties* e participação especial referentes aos contratos de E&P futuros e vigentes.

Após discussões jurídicas a apreciação parlamentar do veto presidencial perante o Supremo Tribunal Federal - STF (NOTÍCIAS STF, 2013), em 15 de março de 2013 é publicada a Lei nº 12.734 no Diário Oficial da União – DOU em sua redação original.

Serra (2013, p.125) sintetiza as mudanças trazidas pelo novo documento legal:

i) Os estados “produtores”, que com a Lei do Petróleo (Lei 9.478/97) detinham 26,25% dos *royalties*, passam a deter 20%. Quanto às participações especiais, o percentual dos estados “produtores”, que era de 40%, vai sendo reduzido paulatinamente, ano a ano, até atingir o patamar mínimo de 20% em 2018.

ii) Para os municípios “produtores”, os *royalties* são reduzidos ano a ano, dos atuais 26,25%, para o patamar mínimo de 4%, em 2019. Já as participações especiais devidas aos “produtores” municipais, passariam, também em degraus, dos atuais 10% para o patamar mínimo de 4% em 2019.

iii) Tais reduções, impostas aos “produtores”, somadas também a uma redução da parcela da União (a quota de sacrifício do Tesouro para facilitar o acordo), gera um fundo (FEP – Fundo Especial do Petróleo) a ser repartido, meio a meio, entre o conjunto dos estados e municípios “não produtores”, o qual atingiria no limite superior, em 2019, a 54% dos *royalties* e 30% das participações especiais.

A nova lei dos *royalties* buscou promover uma correção gradativa, ao longo do tempo, do pagamento e distribuição das rendas petrolíferas recebidas pela União, Estados e Municípios das empresas de E&P. Ou seja, o status quo não seria alterado da noite para o dia com a entrada em vigor da lei, mas haveria uma redução paulatina até 2019 dos repasses aos entes produtores e um conseqüente aumento aos não produtores.

Os critérios propostos para o modelo de partilha de produção revelam a nova orientação política da distribuição: o caráter compensatório do pagamento de *royalties* aos entes produtores, na Constituição Federal, para que os entes afetados possam suportar os impactos gerados pela economia do petróleo, permanece. Todavia, a maior parcela das receitas futuras de *royalties*

terá caráter distributivo, atendendo a demanda dos não produtores (NAZARETH, 2008).

Apesar da incerteza destas receitas devido à intensa volatilidade dos valores percebidos a título de *royalties* do petróleo em decorrência da variação do preço da *commodity* no mercado internacional, da taxa de câmbio e da exploração e/ou produção do óleo, desde a década de 90, em razão das alterações promovidas pela Lei nº 9.478/1997, os repasses das rendas petrolíferas cresceram de tal forma que propiciaram um quadro de extrema dependência financeiras dos Estados e Municípios intitulados produtores.

A derrota no plano político e a magnitude dos impactos gerados pelas novas regras de rateio nas finanças destes entes motivou os Estados produtores a pleitear judicialmente a reversão deste cenário em uma nova arena.

## **A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4917/2013**

No mesmo dia em que foi publicada a Lei nº 12.734/2012, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal quatro ações diretas de inconstitucionalidade - ADI questionando as modificações aos dispositivos da Lei nº 9.478/97 e Lei 12.351/2010 sobre a distribuição dos *royalties* que importaram em uma redução dos percentuais anteriormente fixados até 2020 (NOTÍCIAS STF, 2013).

Autuadas sob o nº 4916, de autoria do governador do estado do Espírito Santo, Renato Casa Grande; nº 4917, do governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral; nº 4918, do governador do estado de São Paulo, Geraldo Alckmin e nº 4919, da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, todas foram distribuídas à Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, com pedido de concessão de medida liminar para suspensão imediata dos efeitos da lei até o julgamento final do mérito.

Os autores das mencionadas adis alegam, em síntese, que as modificações das regras de rateio trazidas pela Lei nº 12.734/2012 afrontam os princípios constitucionais da isonomia, federativo, segurança jurídica, a responsabilidade fiscal e do equilíbrio orçamentário, dentre outros, com base nas seguintes teses:

- i) Violação ao sentido e alcance do §1º, do art. 20 da Constituição Federal que trata da natureza compensatória da distribuição dos *royalties* aos produtores;
- ii) Violação ao pacto federativo originário assumido quando da promulgação da Constituição de 1988 em que os estados produtores abriram mão da cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços –ICMS sobre as operações que se destinassem a estados consumidores de petróleo;
- iii) Insegurança jurídica, já que o novo regime jurídico estabelecido alcançaria os contratos sobre operações que ainda estão em vigor como por exemplo, sobre as participações governamentais pagas em campos já licitados; afetando situações já constituídas nos estados e a expectativa e comprometimento das receitas;
- iv) Abalo nas finanças públicas dos entes produtores com respectivo comprometimento da execução orçamentária e do cumprimento de inúmeras obrigações constitucionais dos Estados afetados, inclusive eventos de grande porte como Copa do Mundo de 2014

e Olimpíadas de 2016 (NOTÍCIAS STF, 2013).

Em razão do quadro de urgência apresentado, tendo em vista que o repasse dos valores referentes aos *royalties* é mensal, no dia 18 de março de 2013, a Ministra Cármen Lúcia suspendeu monocraticamente em caráter cautelar na ADI 4917 (NOTÍCIAS STF, 2013), os efeitos dos dispositivos da Lei nº 12.734/2012 na parte que alteram as regras de rateio das receitas petrolíferas, dentre outros argumentos, pelo fato de que:

A alteração das regras relativas ao regime de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou da compensação pela exploração, sem mudança constitucional do sistema tributário, importa em desequilibrar o tão frágil equilíbrio federativo nacional e em desajustar, mais ainda, o regime financeiro das pessoas federadas sem atenção aos princípios e às regras que delineiam a forma de Estado adotada constitucionalmente. (NOTÍCIAS STF, 2013),

É grande a expectativa em torno deste julgamento em razão do possível prejuízo à indústria e economia nacional já que, em razão da demora na oferta de novas áreas de exploração e produção de petróleo e gás natural, os possíveis investimentos e despesas dos beneficiados encontram-se interrompidos.

Não bastasse a questão econômica, o acirramento das tensões federativas entre partes envolvidas neste julgamento (BRÍGIDO, 2014) também aumenta em razão da divergência de posturas interpretativas adotadas entre os onze ministros da Corte Constitucional.

Posteriormente, em setembro de 2013, a Associação Brasileira dos Municípios com Terminais Marítimos, Fluviais e Terrestres de Embarque e Desembarque de Petróleo e Gás Natural - ABRAMT, formada por municípios beneficiados por dispositivo da Lei nº 9.478/1997, que ampliou, de 23 para 150, os municípios com direito aos repasses, interpôs a ADI nº 5038 a fim de impedir a aplicação da nova lei dos *royalties* aos contratos já em vigor (NOTÍCIAS STF, 2013).

Os conflitos de interesses entre entes produtores e não produtores gera inúmeros debates sobre o rateio das riquezas derivadas do petróleo com participação de diversos setores da sociedade, imprensa, academia, mercado, mundo jurídico e legislativo, havendo fortes argumentos para os dois lados da discussão.

Por um lado, a região afetada pela instalação da indústria do petróleo sofre diversos impactos ambientais (capazes de degradar o meio ambiente de formas irreversíveis, a (mudanças demográficas, no emprego, no quadro político e culturais, por exemplo), como é o caso do município de Macaé, um dos mais visivelmente atingidos pela atividade de E&P na Bacia de Campos, com perdas (favelização, aumento da violência, especulação imobiliária) e ganhos (aumento de postos de emprego).

Daí, a compreensão de que os *royalties* e participações especiais funcionam como uma “compensação” pelos impactos sofridos por esta geração, que deve se preparar para um futuro sem tal recurso mineral, em razão e seu caráter não renovável, por meio de políticas públicas que promovam o desenvolvimento local – esta é a ideia ínsita ao princípio da justiça geracional, advogado principalmente por ambientalistas.

De acordo com Serra (2005), cumpriria o *royalty* a função de promoção da justiça intergeracional a partir de três vertentes:

- i) como mecanismo de regulação do ritmo de exploração de um recurso escasso;

- ii) Como instrumento de financiamento do desenvolvimento científico e tecnológico para o aprimoramento da eficiência no uso dos hidrocarbonetos, ou no desenvolvimento de fontes de energia alternativa (não baseadas em recursos escassos) e
- iii) Como fundo de financiamento da infraestrutura necessária à diversificação produtiva ou como fundo previdenciário, ambos com o propósito de compensar às gerações futuras pela impossibilidade destas usufruírem das riquezas minerais exauríveis.

Ademais, os estados produtores por receberem tal compensação, deixam de arrecadar o ICMS de acordo com as disposições constitucionais, a fim de manter um equilíbrio federativo.

Neste sentido, o Ministro Luis Roberto Barroso, para quem “a pior coisa que poderia acontecer seria a instalação de uma guerra fiscal generalizada”, afirma, em entrevista concedida ao boletim *Petróleo, Royalties e Região Menezes*, (2013, p.4.):

Se os Estados produtores não recebessem royalties, a mudança da regra do ICMS somente em relação ao petróleo (...) teria constituído uma discriminação odiosa, a violação a um direito natural à isonomia de que devem desfrutar todos os Estados, sob pena de não poder existir uma Federação.

Ocorre que, por outro lado, as jazidas de petróleo e gás natural, segundo o próprio texto da Constituição Federal, são bens da União e as regras sobre repartição dos *royalties* se apoiam nos critérios meramente geográficos das linhas geodésicas ortogonais estabelecidas pelo IBGE, acabando por beneficiar municípios pouco ou com nenhuma relação com a atividade petrolífera a não ser a mera confrontação geográfica e que, na realidade, praticamente não são impactados social, econômica ou ambientalmente pelo setor. Daí serem denominados de entes “petrorrentistas” (SERRA, TERRA; PONTES, 2006, p.65).

Eis porque os críticos dos atuais critérios vigentes de rateio das rendas petrolíferas defendem sua centralização na União a fim de permitir uma divisão mais justa e igualitária, e estratégica dos *royalties* já que os entes produtores são duplamente favorecidos, pois além de receber *royalties*, recebem estímulo econômico pela presença de empresas do setor petrolífero (TERRA; FERNANDES; FERNANDES, 2013, p.4).

Desta forma, toda a sociedade brasileira deveria ser beneficiada e compensada. Ademais, muitos especialistas criticam os atuais critérios vigentes, que desconsideram os impactos da atividade sobre o território.

Neste sentido, Serra (2011, p.151) defende que o determinismo físico, estabelecido nas regras de rateio das rendas do petróleo, tem como consequência deletéria o sobre financiamento de unidades territoriais, importando em desperdício de recursos públicos (sobretudo, no nível municipal), além de impedir a oportunidade de uma distribuição mais igualitária desta riqueza, tendo em vista que um único município concentra 20,8% de todas as rendas petrolíferas destinadas à esfera municipal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas para discutir a constitucionalidade do novo margo regulatório do setor petrolífero no Brasil, especialmente no que diz respeito à repartição dos *royalties* terá repercussão

de âmbito nacional.

Entretanto, uma mudança drástica nas regras do jogo, ilustrada pela negação total do pedido, implica em uma perda desproporcional para os estados chamados produtores (Rio de Janeiro e Espírito Santo) que, a ser objeto de outra arena, requer ajustes e suporte por parte da União.

Daí defender-se a ideia de que deve haver uma identidade entre desenvolvimento e cuidado com as gerações futuras, assim como a convergência entre políticas de rateio e aplicação das rendas petrolíferas e as políticas compensatórias intergeracionais.

Em razão da suspensão temporária dos efeitos da lei e até o deslinde do julgamento final pelo Plenário do STF do mérito da ação que discute a (in) constitucionalidade das novas regras de redistribuição dos royalties, sem data definida para ocorrer, permanece a insegurança jurídica nas finanças públicas dos entes produtores ante a possibilidade de improcedência das ADI.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em 16 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985. Modifica o artigo 27 e seus parágrafos da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, que “dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7453.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986. Estabelece normas complementares para a execução do disposto no art. 27 da Lei nº 2.004, d 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7525.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7525.htm)>. Acesso em 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.304, de 02 de agosto de 2010. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12304.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12304.htm)>. Acesso em 16 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm)>. Acesso em 15 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Modifica as Leis no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12734.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12734.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 12.858, de 09 de setembro de 2013. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação



e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 5.938/2009. Dispõe sobre a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha da produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/688678.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 5.939/2009. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – PETRO-SAL, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F094BB8F78788F5CF72C52F38089A8C4.proposicoesWeb2?codteor=686065&filename=PL+5939/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F094BB8F78788F5CF72C52F38089A8C4.proposicoesWeb2?codteor=686065&filename=PL+5939/2009)> Acesso em 08 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 5.940/2009. Cria o Fundo Social – FS, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=686066&filename=PL+5940/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=686066&filename=PL+5940/2009)> Acesso em 08 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 5.941/2009. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=686067&filename=PL+5941/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=686067&filename=PL+5941/2009)> Acesso em 08 jun. 2015.

EM liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. Notícias STF. Brasília. 18 mar. 2013c. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758&caixaBusca=N>>. Acesso em 09 abr. 2015.

LIMA, Paulo César Ribeiro. Os “royalties do petróleo”, a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF: Nota Técnica. Brasília: Câmara dos Deputados. 2013. 36 p. Consultoria Legislativa.

MENDES, Priscilla; OLIVEIRA, Mariana. Dilma veta parte da Lei dos Royalties e reserva dinheiro para educação. G1. Brasília. 30 nov. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/11/dilma-veta-mudanca-na-divisao-dos-royalties-de-contratos-em-vigor.html>>. Acesso em 04 abr. 2015.

MENEZES, Vitor. Para evitar uma luta fratricida: Procurador do Estado do Rio de Janeiro afirma que o pior cenário seria o de uma “guerra fiscal generalizada”. Petróleo, Royalties & Região, Campos dos Goytacazes, n. 39, p.4-5, mar. 2013.

MUNICÍPIOS questionam lei que amplia beneficiários de royalties. Notícias STF. Brasília. 10 set. 2013d. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247941&caixaBusca=N>>. Acesso em 05 abr. 2015.

NAZARETH, Paula Alexandra. Os desafios das finanças municipais na economia fluminense para o financiamento do desenvolvimento local. In: FAURÉ, Yves (org.); HASENCLEVER, Lia (org.); SILVA NETO, Romeu (org.). Novos rumos para a economia fluminense: oportunidades e desafios do crescimento do interior. Rio de Janeiro, 2008.

\_\_\_\_\_; SALLES, Jorge; QUINTANILHA, Nina. O Rio de Janeiro e o pré-sal: o novo marco regulatório e os impactos nas finanças do estado e dos municípios. In: PIQUET, Rosélia (Org.). Mar de Riqueza,

terras de contrastes: o petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: MAUAD X/FAPERJ, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Henrique; ARAÚJO, Nina Quintanilha; NAZARETH, Paula Alexandra. Considerações sobre os impactos das propostas de mudanças no marco regulatório do petróleo e gás natural nas finanças públicas do RJ. In: PIQUET, Rosélia (org.); CRUZ, José Luis Vianna (org.); VILANI, Rodrigo Machado (org.); O Desafio da abundância: 10 anos do Boletim Petróleo, Royalties e Região. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-sal: o novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. In: PIQUET, Rosélia (org.); CRUZ, José Luis Vianna (org.); VILANI, Rodrigo Machado (org.); O Desafio da abundância: 10 anos do Boletim Petróleo, Royalties e Região. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS PRODUTORES DE PETRÓLEO. Resultados: Royalties + Participação Especial. Disponível em: <<http://www.ompetro.org.br/index.php/component/content/article?id=464:balanco-arrecadacao-ryalties.html>>. Acesso em 15 out. 2015.

PIQUET, Rosélia Perissé da Silva. O Norte Fluminense em tempo presente. In: SANTOS, Angela Penalva *et al.* (org.). Rio de Janeiro: um olhar socioespacial. Rio de Janeiro: Gramma, 2010. p.

RAMALHO, Renan. Congresso rejeita vetos de Dilma à nova Lei Dos royalties. G1. Brasília. 07 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/congresso-rejeita-vetos-de-dilma-nova-lei-dos-royalties.html>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

\_\_\_\_\_; TERRA, Denise. A roda da fortuna: a indústria de petróleo e seus efeitos multiplicadores no Brasil. In: \_\_\_\_\_. (org.) Mar de riqueza, terras de contrastes: o petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X/ FAPERJ. 2011. p.11-48.

PLENÁRIO do STF cassa liminar sobre apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

SERRA, Rodrigo Valente. Novo marco relatório do setor petrolífero brasileiro: dádiva ou maldição? In: PIQUET, Rosélia (Org.). Mar de Riqueza, terras de contrastes: o petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: MAUAD X/FAPERJ, 2011.

\_\_\_\_\_. Sobre o advento dos municípios “novos ricos” nas regiões petrolíferas nacionais. In: PESSANHA, Roberto Moraes (org.); SILVA NETO, Romeu e (org.). Economia e desenvolvimento no Norte Fluminense: da cana-de-açúcar aos royalties do petróleo. Campos dos Goytacazes: WTC, 2004

\_\_\_\_\_.; FERNANDES, Ana Cristina. A distribuição dos royalties petrolíferos no Brasil e os riscos de sua “financeirização”. Revista de Desenvolvimento Econômico. Salvador, v.7, n.11 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/view/94/98>>. Acesso em: 10 mar. 2016. p.30-38.

\_\_\_\_\_.; TERRA Denise; PONTES, Carla. Os municípios petro-rentistas fluminenses: gênese e ameaças. Revista Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. n.18-19, jan-dez. 2006.

TERRA, Denise; FERNANDES, Joseane de Souza; FERNANDES, Leonardo Camisassa. Federalismo no Brasil e o debate sobre o rateio das receitas do petróleo. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 37, 2013, Águas de Lindóia. Anais... São Paulo: ANPOCS, 2014.



# Apontamentos sobre o caso do reconhecimento facial a partir de videomonitoramento em vias públicas para fins penais no Brasil

Fernanda Miler Lima Pinto

*Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.170.24

## INTRODUÇÃO

No dia 05 de março de 2019, no período carnavalesco de Salvador, aconteceu a primeira prisão amparada pela tecnologia das câmeras de reconhecimento facial, monitoradas pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia (SSP-BA). Esse sistema foi implantado desde 2018, mas entrou em ação no ano seguinte, e consiste em instalar câmeras em locais de grande circulação de pessoas, como os circuitos de Carnaval, estações de metrô, rodoviárias etc. Os alvos dessa tecnologia são “suspeitos, fugitivos, pessoas com mandados de prisão em aberto” e também se preparam para buscar pessoas que figuram nos bancos de desaparecidos.<sup>1</sup>

Embora ainda em fase de testes, o videomonitoramento já está sendo utilizado em outros estados da federação brasileira. Em junho de 2019, o software desenvolvido pelo Projeto Bem-Te-Vi possibilitou à Secretaria de Segurança Pública de Santa Catarina (SSP-SC) deter duas pessoas que tiveram suas faces identificadas pelas câmeras de reconhecimento facial instaladas em locais públicos. Segundo informações da SSP-SC, essas câmeras já foram instaladas em 136 cidades e há em torno de 3 mil equipamentos desse projeto no estado de Santa Catarina.<sup>2</sup>

Enquanto isso, no Rio de Janeiro, as 28 câmeras de reconhecimento facial instaladas no circuito carnavalesco em Copacabana foram capazes de identificar 4 pessoas com mandados de prisão em aberto. O projeto, apesar de também estar em fase inicial como em Santa Catarina, foi avaliado positivamente pela Polícia Militar do Rio de Janeiro, devido ao alto grau de precisão do sistema que também faz leitura de placas de veículos.<sup>3</sup>

Essas são algumas das notícias que foram divulgadas em imprensa nacional no ano de 2019 acerca da implantação dessa tecnologia no Brasil. Desde o início do videomonitoramento, 74 pessoas foram detidas na Bahia, estado responsável por 51,7% das prisões efetuadas com o uso de reconhecimento facial, dentre todos os casos monitorados pela Rede de Observatórios de Segurança.<sup>4</sup>

O reconhecimento facial efetuado por videomonitoramento funciona com base na biometria, facial ou digital, escolhendo algumas partes do rosto ou dedos do indivíduo analisado. A partir desses pontos eleitos, o sistema mede as distâncias e oferece uma porcentagem de compatibilidade com a biometria cadastrada no banco de dados. Desse modo, quanto maior o percentual de semelhança, maior a possibilidade de ser a pessoa procurada pelo sistema. Porém, cabe destacar que esse resultado não é perfeito. “No caso do rosto humano, as possibilidades de haver diferenças ou modificações nessas distâncias são bem maiores do que numa digital, já que uma pessoa envelhece e perde colágeno, pode estar bocejando, piscando etc.”<sup>5</sup>

1 SANTANA, Luciene da Silva; RIBEIRO, Dudu. Bahia: Modelo centrado na força policial penaliza negros e negras. In: RAMOS, Silvia (coord.). Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 17.

2 GOVERNO DE SANTA CATARINA. SC tem primeiras prisões indicadas por sistema de câmeras de monitoramento. 2019. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/sc-tem-as-primeiras-prisoas-indicadas-por-sistema-utilizado-em-cameras-de-monitoramento-da-secretaria-de-estado-da-seguranca-publica>. Acesso em: 04 jul. 2020

3 LISBOA, Vinícius. Câmeras de reconhecimento facial levam a 4 prisões no carnaval do Rio. Agência Brasil, Rio de Janeiro, p. on-line, 8 mar. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-03/cameras-de-reconhecimento-facial-levam-4-prisoas-no-carnaval-do-rio>. Acesso em: 20 dez. 2019.

4 NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: RAMOS, Silvia (coord.). Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019.

5 NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: RAMOS, Silvia (coord.). Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 68.

O presente trabalho parte de uma análise bibliográfica, para compreender esse fenômeno e como ele propõe alterar formas e procedimentos tradicionais do Direito. O artigo, primeiramente, expõe brevemente como a sociedade está se modificando, partindo de uma perspectiva geral acerca da sociedade da informação e da tecnologia para uma mais específica, dos efeitos na situação penal brasileira. Em seguida, aspectos importantes da tecnologia de reconhecimento facial, recém aplicada no Brasil, são desenvolvidos nesse trabalho, discutindo sobre diversas matérias, como: falsos homônimos, black surveillance e a possibilidade de flexibilização de garantias. Por fim, discute-se a relação dessa tecnologia com os meios de obtenção de prova, o processo penal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

## RISCO, TECNOLOGIAS E SISTEMA PENAL

Hodiernamente, as relações cada vez mais superficiais e instantâneas, a virtualização do ecossistema comunicacional, as incertezas e a sensação de impotência diante delas, o medo, a volubilidade dos acontecimentos, a rapidez no processamento das informações, etc. contribuem para que as ideias e fórmulas que outrora serviam já não ofereçam mais a mesma segurança.

No mundo cada vez mais globalizado, a enxurrada de informações a todo tempo é imensa e incontrolável, é necessária emergência a ponto de se obedecer o tempo da máquina, os décimos de segundo ao teclar enter e assim obter uma pesquisa no “Google”, por exemplo.

Essa urgência em controlar os eventos e as respostas tem se desenvolvido ao ponto de formar no seio da sociedade da informação e da tecnologia, a sociedade dos riscos. Esses são compostos pela ideia das incertezas que não podem ser mensuradas, agravadas pelos avanços da tecnologia e liquidez das relações. “Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância”.<sup>6</sup>

No entanto, observa-se um paradoxo entre o monitoramento excessivo e a sensação de falta de controle sobre o que não se conhece e não se pode prever as consequências e efeitos, o que contribui para a tomada de decisões que buscam afastar os riscos a todo custo, mesmo sem saber se eles são reais. O que se apresenta como uma forma de controle, visto que afastar esses riscos seria uma maneira de controlá-los.

Partindo-se de um contexto de mundo globalizado, mormente de maneira “negativa”<sup>7</sup>, alimenta-se a experiência de populações “heterônomas e vulneráveis dominadas por forças que não controlam nem realmente compreendem, horrorizadas por sua própria indefensibilidade e obcecadas pela segurança de suas fronteiras e das populações que vivem dentro delas.”<sup>8</sup>

Aliada a essa insegurança e sede de saná-la com os meios mais diversos de precaução e ataque a possíveis riscos, percebe-se a perda da noção de tempo-espaço<sup>9</sup>, gerada pela relati-

<sup>6</sup> BECK, Ulrich. *Incertezas Fabricadas*. IHU Online. São Leopoldo, v. 181, p. 1-75. 2006. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2019, p. 05.

<sup>7</sup> “Globalização Negativa”, para Bauman, é aquela “não restringida, suplementada ou compensada por uma contrapartida ‘positiva’. [...] A ‘globalização negativa’ especializou-se em quebrar fronteiras demasiado frágeis para aguentar a pressão e em cavar buracos numerosos, enormes e impossíveis de tampar, através das fronteiras que resistiram com sucesso às forças destinadas a rompê-las.” (BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 126.)

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 127.

<sup>9</sup> “O relógio passou a marcar o tempo social e artificial. A noção de tempo tornou-se linear e não cíclica. Esta noção moderna de tempo criou o sentimento de que o mundo está encolhendo. As distâncias se encurtaram, a partir do momento em que as comunidades começaram a calibrar seu senso de tempo com o de outra comunidade, do outro lado do globo. Espaço e tempo se transformaram, à medida em que o espaço de fluxos passou a dominar o espaço de lugares. O tempo intemporal passou a substituir o tempo cronológico. Historicamente, as mudanças ocorreram primeiro nas noções de tempo e espaço, pasteurizando

vização cronológica do real e virtual e do encurtamento das distâncias métricas. Isso acarreta a sensação que tudo está mais próximo e mais intenso, inclusive a violência.

Essa percepção do crime em todos os lugares e da desconfiança entre as pessoas ajuda sobremaneira na fecundação de teorias de recrudescimento de medidas penais, cedendo aos encantos do discurso de “lei e ordem” e apostando nessas políticas para gerar mais segurança e sensação de que algo está sendo feito para sanar ou combater o problema.

Embora convencionou-se dizer que “o Direito Penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual e por isso tem sua aplicação justificada unicamente quando caracterizada a imperiosa necessidade”<sup>10</sup>, percebe-se que as tradicionais formas de controle social que se prestavam a reger a vida em sociedade passam por um momento de crise na pós-modernidade, e como resposta a isso demanda-se cada vez mais do Direito Penal, minando as condições desse se apresentar de forma fragmentária e subsidiária.

Sendo assim, o sucesso da propagação do ideário punitivista justifica medidas repressivas em detrimento de direitos e garantias fundamentais. Devidamente, ressalta-se aqui que não se pretende prescindir do estatuto repressivo, retirar a tutela do Direito Penal de determinados bens jurídicos seria uma “ingênua e romântica crença”<sup>11</sup>, no entanto é necessário, se opor ao exagero punitivo e abusos do uso da violência institucionalizada, instrumentalizando-se objetivamente em direção aos excluídos dos privilégios do mundo globalizado<sup>12</sup> e aos que são usados como massa de manobra pelos interesses do mercado global, o que nos remete à ideia de Vera Regina Pereira de Andrade<sup>13</sup> de sistema penal máximo x cidadania mínima.

No ano de 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, o que equivale a uma taxa altíssima de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes<sup>14</sup>. Não somente devido a essa informação, mas segundo o Atlas da Violência, “os indicadores mostraram a concentração do problema dos homicídios nos países latino-americanos, sendo que o Brasil, lamentavelmente, entra sempre na lista das nações mais violentas do planeta.”<sup>15</sup>

Por outro lado, se combinar esses fatos do parágrafo anterior às estatísticas coletadas pelo Monitor da Violência<sup>16</sup>, acerca do sistema prisional brasileiro (Raio X do sistema prisional em 2019), o frenesi punitivista e a adoção de medidas que intensificam a violência e fomentam a discriminação social entram em mais contradições.

---

*a realidade, elegendo o figurativo como experiência de fato. O vivencial foi substituído pela aparência, o fato pelo simulacro, o real pelo virtual, as palavras pelas imagens.” (CARVALHO, Luzia Alves de. A condição humana em tempo de globalização: a busca do sentido da vida. Revista Visões, Bela Vista Macaé, FSMA, Volume 1, Nº4, Jan/Jun, 2008, p. 03)*

<sup>10</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. *Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: O Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008, p. 69.*

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Breves Considerações sobre o “Direito Penal do Inimigo”.* São Paulo: MPSP - Procuradoria Criminal, 2009, p. 8.

<sup>12</sup> KROHLING, Aloísio; BOLDT, Raphael. *Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 4, n. 1, p. 16 – 30, jan./mar., 2008, p. 11.*

<sup>13</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

<sup>14</sup> CERQUEIRA, Daniel; et al. *Atlas da Violência 2018. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018> > Acesso em: 20 dez. 2019.*

<sup>15</sup> CERQUEIRA, Daniel; et al. *Atlas da Violência 2018. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018> > Acesso em: 20 dez. 2019, p. 16.*

<sup>16</sup> MONITOR DA VIOLÊNCIA. *Raio X do sistema prisional em 2019. G1, 2019. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/>> Acesso em 02 mai. 2019.*



Isso porque o mapa mostra que no Brasil, em 2019, as penitenciárias abarcam uma superlotação de 69,3%, o que equivale a uma quantidade de 704.395 presos para um total de vagas de 415.960.<sup>17</sup> O que se vê a partir desses dados são cadeias sobrecarregadas que não conseguem oferecer um atendimento das necessidades mínimas para os encarcerados.

Desse modo, percebe-se que o Brasil vive um paradoxo quando clama “aos quatro ventos” por sistema penal máximo e aniquilamento dos marginalizados, enquanto coexiste com seu sistema penal em colapso, prendendo mais do que pode suportar, pesando o corte da espada sob os mais vulneráveis e politicamente indesejáveis e fazendo “vistas grossas” aos crimes perpetrados pelos poderosos e pelos protegidos das classes mais abastardas da sociedade.

## O CASO DO RECONHECIMENTO FACIAL POR CÂMERAS DE VIGILÂNCIA EM LOCAIS PÚBLICOS

Diante dessa realidade apresentada brevemente no tópico anterior, tem-se um ponto de partida para melhor analisar a proposta dessa pesquisa. Visto que estamos mergulhados na Quarta Revolução Industrial, novos sujeitos entram em cena a fim de trazer inovações, facilidades e conforto, mas também consigo trazem, naturalmente, novos problemas. É característico de nossa época, os dilemas referentes à regulação e ao desenvolvimento de tecnologias como “[...] a inteligência artificial, a robótica, a internet das coisas, veículos autônomos, impressões em 3D, nanotecnologias, biotecnologias, armazenamento de energia e computação quântica”<sup>18</sup> e as modificações trazidas por essas inovações atingem a vida quanto “a velocidade, a amplitude e a profundidade, além da fusão de tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.”<sup>19</sup> Isso significa que essas tecnologias não são algo que se separe da vida das pessoas, mas há um acoplamento, como no exemplo desenvolvido por Michel Serres<sup>20</sup> ao relacionar a Polegarzinha (jovem estudante no século XXI) com a Lenda de São Denis, da complementaridade da máquina e do corpo humano.<sup>21</sup>

Desse modo, em se tratando desse tipo de inovações, não há como separar o que tem potenciais efeitos nocivos na sociedade, por uma mera análise de conveniência e eficiência. Os riscos devem ser levados em conta, de modo a se antecipar ações e possibilitar a redução de consequências cujo o preço é alto demais a se pagar. A legislação brasileira ainda engatinha no sentido de regular grande parte dessas tecnologias e sofre com as dificuldades das incertezas e perigos desconhecidos no uso das próprias tecnologias, da pluralidade de fontes informais<sup>22</sup> e

17 MONITOR DA VIOLÊNCIA. *Raio X do sistema prisional em 2019*. G1, 2019. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/>> Acesso em 02 mai. 2019.

18 HOHENDORFF, Raquel Von. *As categorias de risco e perigo na teoria de Niklas Luhmann: caracterizando risco e perigo de modo a posicionar o direito em um cenário de complexa distinção frente aos desafios das novas tecnologias*. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.), et al. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. [ebook] Nº 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019. p. 292.

19 HOHENDORFF, Raquel Von. *As categorias de risco e perigo na teoria de Niklas Luhmann: caracterizando risco e perigo de modo a posicionar o direito em um cenário de complexa distinção frente aos desafios das novas tecnologias*. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.), et al. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. [ebook] Nº 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019. p. 292.

20 SERRES, Michel. *Polegarzinha*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

21 Michel Serres utiliza a figura de São Denis, que foi decapitado, para mostrar como o jovem estudante se depara no mundo atual: “Como ela, ultimamente todos nos tornamos São Denis. Nossa inteligência saiu da cabeça ossuda e neuronal. Entre nossas mãos, a caixa-computador contém e põe de fato em funcionamento o que antigamente chamávamos de ‘faculdades’: uma memória mil vezes mais poderosa do que a nossa; uma imaginação equipada com milhões de ícones; um raciocínio, também, já que programas podem resolver cem problemas que não resolveríamos sozinhos. Nossa cabeça foi lançada a nossa frente, nessa caixa cognitiva objetificada.” (SERRES, Michel. *Polegarzinha*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 36.)

22 ENGELMANN, Wilson. *Estruturando um ambiente regulatório pluralístico a partir da gestão dos riscos nanotecnológicos e da responsabilidade empresarial*. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.), et al. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:*

também das pressões da globalização e das políticas neoliberais, que favorecem o intrincamento entre o papel das organizações privadas na governança.<sup>23</sup>

Nessa situação, aspectos caros à humanidade acabam correndo os riscos do tratamento como máquina, um deles é quanto à proteção dos dados pessoais em âmbito virtual. Em 2018, foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil, a Lei nº 13.709, com o intuito de garantir a privacidade e o controle dos dados de usuários da internet. Além disso, a lei se tornou imperiosa quando escândalos relacionados ao tratamento de dados de usuários foram utilizados de forma indevida, como no caso Cambridge Analytica<sup>24</sup>, portanto esse regulamento também tem o escopo de estabelecer quando empresas podem armazenar, processar e transferir esses dados pessoais.

Percebe-se aqui essa preocupação com os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, que estão explicitados nos artigos 1º e 2º dessa lei. Essa regulação foi recebida de maneira positiva, ao visar ter na internet um ambiente mais seguro e a redução na possibilidade de acontecimentos trágicos irreversíveis. No entanto, a lei ainda tem várias brechas e necessidade de melhor desenvolvimento. Isso porque, comparando-se com outras leis de semelhante objetivo, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu, a LGPD brasileira ainda é tímida e o debate acerca dela ainda precisa se tornar mais robusto.

Sabendo-se que todas as esferas da vida são atingidas pelas tecnologias atualmente, a área criminal não escapa a essas modificações. As investigações criminais e o policiamento vêm sofrendo constantes mudanças para se adaptar à realidade, no entanto o uso das tecnologias nesse setor permanece extremamente aberto. A LGPD não abarca os casos referentes à segurança pública, à defesa nacional, à segurança do Estado e às atividades de investigação e repressão de infrações penais (Lei 13.709/2018, artigo 4º, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”). Além disso, há o incentivo do poder público para o uso de tecnologias de reconhecimento facial e inteligência artificial para o “Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta”, sendo custeado pelos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), conforme a Portaria nº 793 de 24 de outubro de 2019 (Artigos 1º e 4º, §1º, III, alínea “b”).

Assim, percebe-se que essas tecnologias estão sendo recebidas sem muitas ressalvas, pois mesmo que os dados coletados sejam administrados por setores públicos, isso continua sendo um golpe aos direitos individuais, de liberdade e privacidade. Pablo Nunes, coordenador de Pesquisa da Rede Observatórios da Segurança, explica o quão danoso pode se tornar trocar

---

*Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. [ebook] Nº 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019.*

<sup>23</sup> FOLADORI, Guillermo. Normas voluntarias ISO para nanotecnología en América Latina. In: ENGELMANN, Wilson (org); et al. *As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico. [e-book].* São Leopoldo: Karywa, 2017, p. 121.

<sup>24</sup> Sobre esse caso Têmis Limberger explica: “Recentemente, houve a revelação de que dados de 87 milhões de usuários1 foram repassados à firma britânica Cambridge Analytica, que trabalhou na campanha de Donald Trump, eleito presidente dos EUA, em 2016. Assim, teve-se a confirmação da prática de violação de dados pessoais. Tais fatos levaram a que o presidente executivo do Facebook, Mark Zuckerberg, prestasse declarações no Congresso Norte Americano e no Parlamento Europeu (ISTOÉ, 18/04/2018, p. 66). Há muito tempo já se sabia que os dados dos usuários da internet eram utilizados para se fazer um perfil de consumo, e se suspeitava de que pudessem ter uso para manipulação política. Assim, além da oferta comercial direcionada que ocorre devido à formação do perfil do usuário consumidor, tem-se, também: a coleta da informação para utilização nas campanhas eleitorais, monitoramento das declarações dos candidatos com relação ao impacto que causam no eleitorado, favorável ou não; e robôs localizados, por vezes, longinquamente, que automaticamente con-ferem um universo de seguidores ao candidato, impactando positiva-mente o sítio eletrônico do elegível, que, ainda que falsamente, passa a ter muitos seguidores.” (LIMBERGER, Têmis. *Transparência e acesso aos dados e informações: o caso do “facebook” – um estudo comparado entre o RGPD europeu e o marco civil da internet no Brasil.* In: STRECK, Lenio (org); et al. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. [ebook] Nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018, p. 214.*)



garantias por promessas de modernização, nesse excerto:

É preocupante ver que, em um país em que historicamente não são respeitadas as premissas de transparência de dados sobre segurança pública e criminalidade, aliado aos recentes projetos que ignoram a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), não há nenhuma preocupação dos governos em elaborar mecanismos de accountability voltados para as tecnologias de reconhecimento facial e nem protocolos para segurança dos dados coletados. Os projetos implementados em algumas das corporações policiais do Brasil, a par com a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de impressões Digitais, proposto pelo ministro da Justiça Sérgio Moro, são apresentados como formas de modernização da prática policial, mas na verdade têm representado um retrocesso em relação à eficiência, transparência, accountability e proteção de dados pessoais da população.<sup>25</sup>

Ademais, partindo do estudo de Catarina Frois sobre a política de videomonitoramento em Portugal, percebe-se alguns pontos importantes a serem destacados. Essa pesquisadora ressalta que todos os países analisados que utilizam a tecnologia justificam de certa maneira no mesmo argumento do enfrentamento à atividade criminosa. Em Portugal, a Lei nº 1/2005, determinou o uso dessa tecnologia para locais públicos no sentido de assegurar a proteção da propriedade privada, da segurança nacional e de pessoas e bens (públicos e privados), garantindo a segurança e a prevenção de crimes em áreas onde há a presença de razoável risco.<sup>26</sup>

Frois<sup>27</sup> entrevistou diversas pessoas (grupos políticos com ideais opostos, pessoas relacionadas à academia, sujeitos comuns passivos de sofrerem os efeitos dessa política) e constatou que a sensação de (in)segurança é definida por uma noção subjetiva, podendo derivar de fatos concretos (aumento da taxa de criminalidade, ter sido vítima de algum crime) ou pelo fenômeno de contágio por pessoas que vivenciaram algum tipo de crime ou por razão da influência de ideias da mídia. Assim, a noção de conceitos como privacidade e liberdade é totalmente distinta da defendida pela Autoridade de Proteção de Dados em Portugal. Segundo essa pesquisa<sup>28</sup>, a natureza retórica e populista do discurso e prática da implementação do videomonitoramento significou, apesar do caráter geral e amplo de suas consequências, que não existiu um debate político (nem um debate público), no que concerne a esses temas. Como resultado, a percepção que as pessoas têm das vantagens e eficácia do videomonitoramento é baseada mais em um metadiscurso que na consciência dos riscos e efeitos que esse tipo de tecnologia pode ter na segurança de todos.

No Brasil, isso não se mostra muito diferente, pois apesar das promessas de maior eficiência, do combate efetivo à criminalidade e da maior certeza de acertos (porque há a concepção de que um serviço maquinizado e advindo de certezas científicas e matemáticas é menos propenso a erros<sup>29</sup>), o sistema aqui já apresenta suas falhas. Pablo Nunes ressalta as chances de

25 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Silvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 70.

26 FROIS, Catarina. *Video Surveillance in Portugal Political Rhetoric at the Center of a Technological Project*. *Social Analysis (Berghahn Journals)*, [s. l.], v. 55, n. 3, p. 35-53, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272212508\\_Video\\_Surveillance\\_in\\_Portugal\\_Political\\_Rhetoric\\_at\\_the\\_Center\\_of\\_a\\_Technological\\_Project](https://www.researchgate.net/publication/272212508_Video_Surveillance_in_Portugal_Political_Rhetoric_at_the_Center_of_a_Technological_Project). Acesso em: 20 dez. 2019.

27 FROIS, Catarina. *Video Surveillance in Portugal Political Rhetoric at the Center of a Technological Project*. *Social Analysis (Berghahn Journals)*, [s. l.], v. 55, n. 3, p. 35-53, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272212508\\_Video\\_Surveillance\\_in\\_Portugal\\_Political\\_Rhetoric\\_at\\_the\\_Center\\_of\\_a\\_Technological\\_Project](https://www.researchgate.net/publication/272212508_Video_Surveillance_in_Portugal_Political_Rhetoric_at_the_Center_of_a_Technological_Project). Acesso em: 20 dez. 2019.

28 FROIS, Catarina. *Video Surveillance in Portugal Political Rhetoric at the Center of a Technological Project*. *Social Analysis (Berghahn Journals)*, [s. l.], v. 55, n. 3, p. 35-53, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272212508\\_Video\\_Surveillance\\_in\\_Portugal\\_Political\\_Rhetoric\\_at\\_the\\_Center\\_of\\_a\\_Technological\\_Project](https://www.researchgate.net/publication/272212508_Video_Surveillance_in_Portugal_Political_Rhetoric_at_the_Center_of_a_Technological_Project). Acesso em: 20 dez. 2019.

29 “A ciência é tida como irrefutável e tal é evidenciado nas palavras do inspetor Baltasar: ‘o que é científico é comprovado e ninguém o refuta, daí que sempre que seja possível o investigador se socorra desses elementos [...] para justificar e comprovar

confusão da máquina ao reconhecer indivíduos muito parecidos, ou mesmo falsos homônimos faciais. Alerta-se para a calibragem do aparelho, quando níveis fixados forem menores “[...] que 90% de semelhança, por exemplo, pode provocar um número muito grande de falsos positivos. No extremo oposto, se o nível de semelhança exigido pelo algoritmo for 99,9%, por exemplo, a chance de o sistema emitir alertas será muito baixa.”<sup>30</sup>

Esses alertas podem ser comparados ao envio de uma ambulância para socorrer um possível paciente. Se em 9 de cada 10 chamadas não houver uma emergência real, teremos o desperdício de dinheiro público e a alocação inútil de tempo e pessoal. É o que tem ocorrido na aplicação da tecnologia de reconhecimento facial. Por exemplo, durante o carnaval, nos quatro dias da Micareta de Feira de Santana, na Bahia, o sistema de videomonitoramento capturou os rostos de mais de 1,3 milhões de pessoas, gerando 903 alertas, o que resultou no cumprimento de 18 mandados e na prisão de 15 pessoas, ou seja, de todos os alertas emitidos, mais de 96% não resultaram em nada.<sup>31</sup>

Além disso, é importante salientar que essas tecnologias não são perfeitas, portanto apostar todas as fichas em uma máquina sem possibilidade sequer de revisões, “[...] podem representar constrangimentos, prisões arbitrárias e violações de direitos humanos.”<sup>32</sup> Exemplo disso é o caso ocorrido em julho de 2019, quando o sistema de videomonitoramento da polícia do Rio de Janeiro apontou uma mulher como procurada da Justiça. Além da abordagem equivocada, foi descoberto pouco tempo depois que a pessoa procurada já estava presa há quatro anos, “[...] indício claro de que o banco de dados utilizado à época tinha graves problemas de atualização. Dias depois, policiais do Rio de Janeiro prenderam outra pessoa por engano.”<sup>33</sup>

Além disso, outro aspecto importante destacado no relatório da Rede de Observatórios de Segurança é quanto aos números referentes a raça, porque 90,5% das pessoas eram negras e 9,5% eram brancas. Outro fator que chama a atenção é quanto ao grande volume de prisões por tráfico de drogas e por roubo 24,1%, cada uma<sup>34</sup>.

Por mais que para alguns a tecnologia de reconhecimento facial possa parecer uma novidade misteriosa e incerta em seus resultados, para os rapazes jovens e negros ela tem representado a certeza de que continuarão a ser abordados de forma preferencial, em nome da chamada “guerra às drogas”. O reconhecimento facial tem se mostrado uma atualização high-tech para o velho e conhecido racismo que está na base do sistema de justiça criminal e tem guiado o trabalho policial há décadas.<sup>35</sup>

---

para não haver dúvidas.” (MIRANDA, Diana; MACHADO, Helena. *O detetive híbrido: inovação tecnológica e tradição na investigação criminal*. Revista *Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, n. 20, p. 11-24, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4966/496650342002.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019, p. 13)

30 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 68.

31 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 68.

32 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 68.

33 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 68.

34 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança/CESeC, novembro de 2019.

35 NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: RAMOS, Sílvia (coord.). *Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios

Esse é um exemplo de black surveillance, e o fato de casar velhas práticas com novos equipamentos traz também à cena a figura do “detetive híbrido” apresentada por Diana Miranda e Helena Machado. Esse sujeito é o “[...] produto de dois tempos diferentes (passado e presente), capaz de associar atores e artefactos e conjugar os meios ‘duros’ e mais antigos com os meios mais “suaves” e inovadores de obtenção de informação.”<sup>36</sup> O que se percebe é que apesar da ampliação e aceitação das formas mais brandas de controle e vigilância, não há um abandono das formas mais pesadas. Miranda e Machado explicam que “o que se constata nas transformações que têm ocorrido nestas práticas é que ‘ao mesmo tempo que não se verifica qualquer abrandamento das formas «duras» de controlo, as formas soft estão a expandir-se de várias formas”<sup>37</sup>.

Todos esses aspectos são fundamentais para a compreensão do que significa a política de implantação de câmeras de videomonitoramento em locais públicos com o objetivo de realizar reconhecimento facial dos transeuntes, podendo identificá-los em um banco de dados com indivíduos procurados pelo poder público e a partir disso responsabilizá-los criminalmente. Porém, não é somente isso. Há outras reflexões que precisam ser maturadas nesse campo: quanto à possibilidade de colheita de dados dos sujeitos susceptíveis de terem suas imagens captadas por essas câmeras e da produção de provas flagrantes e incontestes advindas dessas tecnologias.

Isso significa não só um perigo ao direito de ir e vir de qualquer indivíduo nesse cenário, todavia mais contundente o risco ao direito a própria imagem e da não produção de prova contra si mesmo, também conhecido como nemo tenetur se detegere. Acerca desse último, tece-se algumas considerações.

## **MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA, PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE EM TEMPOS DE VIDEOMONITORAMENTO**

A expressão latina nemo tenetur se detegere significa “ninguém se obriga a desvendar”, ou seja, ninguém tem o dever de se autoincriminar, de produzir provas contra si mesmo. Esse é um dos indícios do processo acusatório em contraposição ao modelo inquisitivo. Com a Renascença, a admissão de filosofias iluministas e a necessidade de superação do absolutismo, percebeu-se a importância de enxergar o indivíduo como sujeito de direitos.

Do princípio nemo tenetur se detegere, pode-se vislumbrar a ligação entre direito ao silêncio e à não autoincriminação. O nemo tenetur se detegere está sob a ótica de direito fundamental, parte elementar para se configurar o devido processo legal e tem como escopo proteger o acusado contra os excessos do Estado. Reconhece-se que o investigado é a parte mais frágil da relação, sendo essa afirmação asseverada pelos erros e abusos cometidos na persecução penal, com diversos exemplos nos tempos da Inquisição e até mesmo na contemporaneidade, quando esse princípio ainda sofre para se sustentar. O nemo tenetur se detegere enquadra-se nos direitos de primeira geração, direitos de liberdade e é reconhecido em tratados internacio-

---

*da Segurança/CESeC, novembro de 2019, p. 70*

<sup>36</sup> MIRANDA, Diana; MACHADO, Helena. O detetive híbrido: inovação tecnológica e tradição na investigação criminal. *Revista Tecnologia e Sociedade, Curitiba, n. 20, p. 11-24, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4966/496650342002.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019, p. 21.*

<sup>37</sup> MIRANDA, Diana; MACHADO, Helena. O detetive híbrido: inovação tecnológica e tradição na investigação criminal. *Revista Tecnologia e Sociedade, Curitiba, n. 20, p. 11-24, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4966/496650342002.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019, p. 16.*

nais (Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto de Direitos Civis e Políticos), na Constituição Federal brasileira (artigo 5º, LXIII) e no Código de Processo Penal (artigo 186).

Princípios como a não autoincriminação e a presunção de inocência são caríssimos à manutenção de um estado que se pretende ser democrático de Direito e a flexibilização dessas garantias é um passo em direção ao abismo em troca por modernização e pelo combate à criminalidade.

Um dos principais obstáculos ao reconhecimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* é o mito da verdade material ou real, vinculado à ideia de poder ilimitado do juiz na produção de provas. “No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória.”<sup>38</sup>

Apesar disso, afirma-se a prevalência da busca da verdade real sobre o direito individual de não se autoincriminar, um embate entre interesse público e individual. Mesmo que a popularidade da ideia de que o geral deve sempre prevalecer, é fundamental se observar que a sociedade é feita por indivíduos e que a história de conquista dos direitos individuais foi extremamente árdua. “No processo penal há forte tendência, que remonta aos tempos historicamente, a se obter a “verdade” com a cooperação do acusado, por suas palavras ou mediante a produção de provas que implicam a sua colaboração.”<sup>39</sup> Esse entendimento busca seu suporte não apenas na busca da verdade real, mas também na ideia que se ampara no acusado ser a prova maior do processo penal. Para se extrair essa prova, valeria tudo. Nesse ponto, o princípio do *nemo tenetur se detegere* se encontra com o princípio da presunção de inocência, porque há “a vinculação dessa tendência à ideia preconcebida de culpabilidade do acusado, considerando-se que ele é que mais sabe sobre os fatos”<sup>40</sup>, pois supostamente ele seria o culpado.

O que se pretende aqui dizer é que a adoção dessa tecnologia de reconhecimento facial por videomonitoramento pode ser vista a partir desse prisma também, visto que impede as pessoas de existirem. A prova de algum delito ocorrido nas proximidades de videomonitoramento é preexistente, o meio de obtenção foi instalado antes sequer do evento ter acontecido<sup>41</sup>. Desse modo, para alguém ser capturado por uma dessas câmeras, basta estar em um lugar onde fortuitamente esses aparelhos tenham sido instalados, quer tenha cometido algum ato ilícito ou não, quer tenha autorizado o uso de sua imagem ou não. Para ser confundido com alguém que esteja sendo procurado pela polícia, basta uma alta porcentagem de semelhança com aquele indivíduo, o que se prova não ser tão difícil diante aos números de falsos alarmes. Para viver em um “Big

38 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária, n. 18, p. 15-23, 2005. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePoliticaCriminalPenitenciria2005.pdf#page=15> > Acesso em: 20 dez. 2019, p. 22.

39 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

40 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

41 Apesar de não ter sido expressamente prevista pela Lei 13.964/2019 (conhecida como “Pacote Anticrime”), essa é uma preocupação que conversa com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, disposto no artigo 12 da referida lei (o qual altera o artigo 7º da Lei nº 12.037/2009). A formação, gestão e acesso a esse banco é de responsabilidade do poder executivo federal. Esse banco de dados tem como objetivo armazenar informações de registros biométricos, de impressões digitais e demais dados referentes a forma do indivíduo (íris, face, voz) para subsidiar investigações criminais. A implantação e adoção do reconhecimento facial a partir de videomonitoramento em vias públicas abre uma janela de possibilidades e colheita de informações que podem ser cruzadas com bancos desse tipo. Casos, como os que foram relatados nos primeiros parágrafos desse exposto, já comprovam como esse instrumento age e também confronta as ideias de superioridade e extrema eficácia do método, pois há problemas de identificação dos indivíduos, o que enfraquece a certeza dessa prova produzida de maneira, supostamente, objetiva, matemática e incontestável.

Brother”<sup>42</sup> da vida real, basta estar vivo.

Ademais, a busca pela verdade não pode acontecer em detrimento de direitos fundamentais, sob a pena de sepultar um conteúdo essencial ao estado democrático de direito. Nesse sentido, Miguel Wedy defende:

A noção que a verdade não pode ser perseguida a qualquer preço cada vez mais se enfraquece com os ‘modernos’ meios de investigação e com técnicas ultra-avançadas de violação da intimidade, a fim de se alcançar a justiça.” Cada vez mais, fica robustecida uma ideia de invasão da intimidade e de antecipação da colheita dos materiais probatórios, ainda que embasados no anonimato e na perversão da ideia de pessoa humana. [...] Um direito eficiente não pode tolerar o apequenamento de fórmulas essenciais à democracia, sob pena de permitir e reconhecer, logo adiante, eventuais abusos que deverão ser corrigidos. Daí o motivo pelo qual há uma relação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades. As últimas como sanção das primeiras.<sup>43</sup>

O excerto acima é fundamental para entender o argumento aqui defendido, de quão estreita e fluida é a relação presente entre o discurso de “modernização do direito e combate à criminalidade” mencionados anteriormente, que dão razão à adoção de medidas de recrudescimento penal, como o caso do reconhecimento facial por videomonitoramento, com as “técnicas ultra-avançadas de violação da intimidade”, a “antecipação da colheita dos materiais probatórios”, a “perversão da ideia de pessoa humana”. E esse é um preço alto demais a se pagar por aquelas promessas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1990, Gilles Deleuze escreveu um texto intitulado “Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle”. Nesse, ele disserta sobre a transformação da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, sendo que o regime de diversos aparelhos do estado são modificados para atender a esse mutação e passar a não ditar, mas monitorar. “Não há necessidade de ficção científica para se conceber um mecanismo de controle que dê, a cada instante, a posição de um elemento em espaço aberto, animal numa reserva, homem numa empresa (coleira eletrônica).”<sup>44</sup> E o monitoramento vai além, ele está na dívida, nos meios de comunicação, nos cadastros, na internet, no GPS, na escola, nos hospitais, na empresa etc. Deleuze completa ao lembrar de Félix Guattari, quando esse tinha sonhado com uma cidade onde as pessoas pudessem deixar seu apartamento, sua rua, seu bairro, graças a um cartão eletrônico (dividual) que abriria qualquer barreira. Porém, “[...] o cartão poderia também ser recusado em tal dia, ou entre tal e tal hora; o que conta não é a barreira, mas o computador que detecta a posição de cada um, lícita ou ilícita, e opera uma modulação universal.”<sup>45</sup>

Esse trabalho teve como objetivo tecer comentários pertinentes acerca da implantação

<sup>42</sup> Referência ao sistema de vigilância do Grande Irmão (Big Brother) da obra de George Orwell, 1984. Nessa distopia, as pessoas eram controladas a todo momento por teletelas, que tinham uma dupla função: filmar e monitorar cada passo e cada ação dos indivíduos da Oceânia e também passar imagens e vídeos constantes a favor do partido, Socing.

<sup>43</sup> WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan/mar. 2014, p. 182-183

<sup>44</sup> DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000, p. 4.

<sup>45</sup> DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000, p. 4.



de câmeras de videomonitoramento para possibilitar o reconhecimento facial de pessoas procuradas pela Justiça. Apesar dos argumentos utilizados para legitimar a prática, pode-se perceber que mesmo adotando-se novas ferramentas, visando a tão almejada “modernização”, velhas práticas de controle ainda são utilizadas. Aqui, discutiu-se a relação da eficiência dessas máquinas e a falta de regulação do seu uso, algumas comparações com o caso em Portugal, os falsos homônimos faciais, o black surveillance, a questão dos meios de obtenção de prova no processo penal e do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O que se pode concluir nesse momento é que o sistema tem promessas gigantescas mas não cumpre com o acordado, justamente por atacar aquilo que deveria proteger. Ao se apresentar como uma arma de combate à criminalidade pretende esconder seus principais defeitos como potencial perversor de princípios caríssimos para a manutenção do estado democrático de direito. É necessário um debate político e público, como havia alertado Catarina Frois<sup>46</sup> ao estudar a situação do videomonitoramento em Portugal, para que se possa ter consciência do que de fato é e do que pode vir a ser a adoção dessa tecnologia. Mas que esse seja um debate sem máscaras, sem discursos aflorados, ausentes de embasamento, de um suposto enfrentamento do crime. É necessário um debate em que reine a sinceridade necessária para lidar com um problema que há muito tempo se metamorfoseia.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: O Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. Incertezas Fabricadas. IHU Online. São Leopoldo, v. 181, p. 1-75. 2006. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2019, p. 05.

CARVALHO, Luzia Alves de. A condição humana em tempo de globalização: a busca do sentido da vida. Revista Visões, Bela Vista Macaé, FSMA, Volume 1, N<sup>o</sup>4, Jan/Jun, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; *et al.* Atlas da Violência 2018. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018>> Acesso em: 20 dez. 2019.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. Conversações. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

ENGELMANN, Wilson. Estruturando um ambiente regulatório pluralístico a partir da gestão dos riscos

46 FROIS, Catarina. Video Surveillance in Portugal Political Rhetoric at the Center of a Technological Project. Social Analysis (Berghahn Journals), [s. l.], v. 55, n. 3, p. 35-53, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272212508\\_Video\\_Surveillance\\_in\\_Portugal\\_Political\\_Rhetoric\\_at\\_the\\_Center\\_of\\_a\\_Technological\\_Project](https://www.researchgate.net/publication/272212508_Video_Surveillance_in_Portugal_Political_Rhetoric_at_the_Center_of_a_Technological_Project). Acesso em: 20 dez. 2019.

nanotecnológicos e da responsabilidade empresarial. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.), *et al.* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. [ebook] Nº 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019.

FOLADORI, Guillermo. Normas voluntarias ISO para nanotecnología en América Latina. In: ENGELMANN, Wilson (org); *et al.* As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico. [e-book]. São Leopoldo: Karywa, 2017.

FROIS, Catarina. Video Surveillance in Portugal Political Rhetoric at the Center of a Technological Project. *Social Analysis* (Berghahn Journals), [s. l.], v. 55, n. 3, p. 35-53, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272212508\\_Video\\_Surveillance\\_in\\_Portugal\\_Political\\_Rhetoric\\_at\\_the\\_Center\\_of\\_a\\_Technological\\_Project](https://www.researchgate.net/publication/272212508_Video_Surveillance_in_Portugal_Political_Rhetoric_at_the_Center_of_a_Technological_Project). Acesso em: 20 dez. 2019.

GOVERNO DE SANTA CATARINA. SC tem primeiras prisões indicadas por sistema de câmeras de monitoramento. 2019. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/sc-tem-as-primeiras-prisoos-indicadas-por-sistema-utilizado-em-cameras-de-monitoramento-da-secretaria-de-estado-da-seguranca-publica>. Acesso em: 04 jul. 2020

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária*, n. 18, p. 15-23, 2005. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePoliticaCriminalePenitenciria2005.pdf#page=15> > Acesso em: 20 dez. 2019.

HOHENDORFF, Raquel Von. As categorias de risco e perigo na teoria de Niklas Luhmann: caracterizando risco e perigo de modo a posicionar o direito em um cenário de complexa distinção frente aos desafios das novas tecnologias. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.), *et al.* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. [ebook] Nº 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019.

KROHLING, Aloísio; BOLDT, Raphael. Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 16 – 30, jan./mar., 2008.

LIMBERGER, Têmis. Transparência e acesso aos dados e informações: o caso do “facebook” – um estudo comparado entre o RGPD europeu e o marco civil da internet no Brasil. In: STRECK, Lenio (org); *et al.* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. [ebook] Nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

LISBOA, Vinícius. Câmeras de reconhecimento facial levam a 4 prisões no carnaval do Rio. Agência Brasil, Rio de Janeiro, p. on-line, 8 mar. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/cameras-de-reconhecimento-facial-levam-4-prisoos-no-carnaval-do-rio>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MIRANDA, Diana; MACHADO, Helena. O detetive híbrido: inovação tecnológica e tradição na investigação criminal. *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, n. 20, p. 11-24, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4966/496650342002.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MONITOR DA VIOLÊNCIA. Raio X do sistema prisional em 2019. G1, 2019. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/>> Acesso em 02 mai. 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Breves Considerações sobre o “Direito Penal do Inimigo”. São

Paulo: MPSP - Procuradoria Criminal, 2009.

NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: RAMOS, Sílvia (coord.). Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Luciene da Silva; RIBEIRO, Dudu. Bahia: Modelo centrado na força policial penaliza negros e negras. In: RAMOS, Sílvia (coord.). Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, novembro de 2019.

SERRES, Michel. Polegarzinha. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan/mar, 2014.



# Organizadora

## **Fernanda Miler Lima Pinto**

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

# Índice Remissivo

## A

*abordagem* 14  
*aborto* 117, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147  
*aborto-legal* 139  
*abuso sexual* 167  
*administração* 31, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 41, 217, 224, 230, 231, 238  
*administração pública* 230, 231, 238  
*administrativas* 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 39  
*adolescência* 148, 149, 152  
*adolescente* 156, 157, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171  
*adolescentes* 13, 14, 17, 18, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 157, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171  
*Alienista* 183, 184, 187, 188, 189, 190, 194, 195  
*âmbito* 21, 22, 27  
*animais* 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59  
*assegurados* 22, 23, 26, 61  
*assistência* 14, 18, 19  
*assistente social* 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27

## B

*benefícios* 15  
*bilateral* 155, 156, 165, 166  
*Brasil* 5, 173, 175, 176, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 186, 190, 193, 194, 195  
*Burnout* 93, 94, 98, 99, 100, 101, 103, 106, 107

## C

*carcerária* 22, 23  
*cárcere* 23, 28, 48, 62, 64, 69, 75, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195  
*cargos* 230, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238  
*comissão* 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237  
*competência* 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259  
*conceitos* 43, 52, 139, 143  
*constitucional* 30, 32, 33, 35, 40, 49, 50, 56, 58, 127, 177, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 207, 209, 210, 213, 218, 219, 220, 221  
*constituição* 27, 30

*criança* 156, 157, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 170, 171  
*crianças* 13, 14, 15, 17, 18, 19, 156, 161, 162, 163, 164,  
165, 167, 168, 169  
*crime* 24, 43, 44, 45, 50, 56, 61, 62, 65, 66, 73, 74, 110,  
122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132,  
135, 137  
*crime organizado* 122, 123, 129, 131, 135, 137  
*crimes* 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259  
*criminalidade* 23, 28, 62, 64, 66, 69, 71, 73, 75, 122, 123,  
126, 133, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153  
*cyberstalking* 43, 45, 46, 47, 50

## D

*delação* 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132,  
133, 134, 135, 136, 137  
*delação premiada* 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129,  
131, 132, 133, 134, 135, 136, 137  
*demandas* 253  
*desenvolvimento* 33, 49, 52  
*detento* 22, 24, 26, 61, 62, 63, 64, 69, 73, 74, 75  
*dialética* 14  
*dignidade* 52, 55, 56, 57, 58, 61, 63, 65, 66  
*direito* 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 93, 94, 95, 96, 100,  
103, 104, 105, 107, 156, 158, 161, 162, 163, 164,  
168, 169, 170, 171, 213, 214, 215, 216, 217, 218,  
219, 220, 221  
*direitos* 14, 16, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31,  
32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 44, 49, 52, 53, 54,  
55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70,  
71, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 88, 89, 109,  
110, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 138, 139,  
140, 141, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219,  
220, 221  
*direitos fundamentais* 27, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 52,  
55, 58, 121, 122, 123, 212, 213, 214, 215, 216, 217,  
218, 219, 220, 221  
*direitos humanos* 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259  
*doenças* 15, 79, 84, 89, 93, 94, 96, 97, 101, 102, 103,  
104, 106  
*drogas* 62, 65, 66

## E

*ECA* 161, 164, 165, 167, 168

*educação* 150, 152, 153, 154  
*escolaridade* 153  
*estabelecimento* 223, 224, 225, 226  
*estabilidade* 82, 100, 103, 109, 112, 115, 116, 119  
*estresse* 94, 97, 99, 100, 101, 102, 106  
*estupro* 46, 48, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146  
*estupro de vulnerável* 156, 160, 161, 165, 166, 167, 169  
*execução* 23, 26, 28, 33, 46, 63, 64, 67, 76, 84, 95, 100,  
101, 102, 124, 127, 131, 132, 159, 172, 173, 175,  
176  
*execução penal* 172, 173, 175

## F

*familiar* 71, 72, 149, 150, 151, 153  
*fato jurídico* 239, 240, 241, 244, 245, 246, 248  
*federalização* 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259  
*ficção* 183, 184, 185, 186, 188, 190, 195  
*filantrópicas* 14, 19  
*fraudes* 66

## H

*humanos* 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59

## I

*igualdade* 214, 215, 219  
*incidente* 251, 252, 256, 257, 258  
*inclusão* 65  
*infância* 156, 161, 162, 170  
*instrumentos* 25, 26, 185, 198, 200, 202  
*integridade* 38, 46, 52, 55  
*intimidade* 42, 43, 47, 48, 49, 50

## J

*judicial* 24, 30, 34, 37, 39  
*juiz* 240, 246, 247, 248  
*juízo* 103, 105, 125, 126, 188, 202, 208, 209, 247,

248, 252, 257, 258, 259, 264, 269, 270, 271, 272  
*jurídica* 25, 31, 32, 35, 41, 54, 56, 59, 61, 64, 65, 71, 72,  
74, 94, 116, 119, 123, 127, 132, 133, 134, 139, 141,  
142, 146, 166, 183, 185, 186, 190  
*jurídico* 52, 55, 252, 256, 258  
*jurídicos* 43, 48, 49, 63, 123, 131, 139, 143, 156, 157,  
176, 200, 202, 240, 243, 244, 245, 248  
*jurisprudência* 54, 123, 136, 147, 156, 166, 178, 198,  
199, 200, 201, 202, 205, 206, 209, 210  
*justiça* 23, 34, 40, 45, 63, 70, 105, 120, 123, 124, 125,  
132, 137, 143, 156, 162, 173, 174, 176, 187, 197,  
198, 201, 202

## L

*legislação* 18, 24, 31, 32, 37, 44, 50, 54, 61, 64, 69, 71,  
72, 89, 93, 94, 111, 116, 118, 119, 120, 122, 124,  
127, 128, 129, 132, 136, 146, 156, 162, 163, 167,  
168, 176, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 208  
*lei* 22, 24, 25, 26, 27  
*leis trabalho* 109  
*liberdade* 55, 56  
*licença* 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 120

## M

*maioridade* 251, 252  
*maternidade* 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116,  
117, 120  
*metodológicos* 139  
*mito* 182, 183, 184, 185, 186, 190, 192, 195, 196  
*moradia* 30, 31, 32, 34, 35, 37, 38, 39, 41  
*mulher* 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 119

## N

*não humanos* 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58

## O

*ontológica* 183

*ordenamento jurídico* 52, 55, 122, 123, 124, 125, 126, 132, 134, 137  
*organizações* 14, 15, 16, 19

## P

*pandemia* 31, 32, 77, 78, 81, 82, 83, 89, 90  
*patologias* 93, 94  
*penal* 28, 46, 50, 63, 66, 67, 72, 74, 76, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 131, 132, 134, 136, 137, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177  
*penitenciário* 24, 26, 28, 62, 64, 69, 73, 75, 76, 135, 162, 192, 223, 225, 227  
*petróleo* 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274  
*política* 64, 66  
*política públicas* 69  
*políticas* 14, 15, 18, 215, 218, 221  
*preso* 23, 24, 25, 61, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 125, 173  
*prisão* 23, 24, 26, 63, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 124, 125, 127, 140, 141, 142, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 223, 224, 225, 226, 227  
*prisional* 21, 22, 23, 25, 26, 28  
*prisões* 185, 186, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 196  
*processo* 197, 198, 199, 200, 201, 202, 206, 207, 208, 210, 211  
*processo civil* 197, 198, 200, 210, 211  
*proteção* 31, 32, 34, 36, 37, 41, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 63, 64, 66, 79, 80, 95, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 120  
*puérpera* 109, 119

## R

*reabilitação* 69, 70, 73, 125, 182, 183, 184, 185, 186, 190, 191, 192, 193, 194, 195  
*reincidência* 27, 61, 64, 67, 69, 71, 73, 74  
*reintegração* 173  
*remoções* 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41  
*repartição* 263, 264, 266, 267, 271  
*responsabilidade* 5  
*ressocialização* 22, 24, 26, 27, 63, 64, 65, 66, 67, 71, 72, 74, 75, 173, 176

*riqueza* 191, 192, 235, 264, 265, 266, 267, 271, 274  
*royalties* 263, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272,  
273, 274

## S

*saúde* 5, 150, 151, 152, 153  
*saúde mental* 98, 100, 107  
*segurança* 150, 152, 153  
*seres sencientes* 51, 52, 54, 57  
*serviço* 19, 24, 27, 28, 31, 66, 80, 82, 83, 85, 95, 96, 105,  
113, 115, 116, 117, 136, 151, 230, 231, 233, 238  
*sistema* 5  
*sistema prisional* 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70,  
71, 72, 73, 74, 75, 222, 225, 228  
*social* 13, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27,  
28, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 173, 175, 176  
*sociedade* 14, 15, 16, 19, 149, 150, 151, 152, 153  
*sociólogo* 183, 186, 189, 191  
*stalker* 44, 45, 46, 49  
*stalking* 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50  
*STF* 201, 202, 203, 204, 205, 207, 209  
*STJ* 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208,  
209, 210  
*superlotação* 23, 62, 63, 65, 73, 75, 223, 224, 225, 226,  
227, 228

## T

*tecnologia* 43, 46  
*tempo* 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248,  
249, 250  
*terceiro setor* 14, 18, 19  
*trabalhadores* 14, 31, 71, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 89, 90  
*trabalho* 14, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 45, 55,  
64, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80,  
81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95,  
96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106,  
107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116,  
117, 119, 120  
*tutela* 51, 52

# V

*vida* 52, 55, 56, 57, 58

*vida privada* 26, 43, 44, 48, 49

*violações* 24, 25, 29, 30, 35, 37, 38, 39, 43

*violência* 23, 28, 39, 44, 45, 46, 48, 63, 64, 66, 69, 73,  
75, 122, 126, 133, 139, 146, 148, 149, 150, 151,  
152, 153

*vulnerabilidade* 37, 38, 101, 148, 149, 150, 151, 152,  
153, 156, 157, 158, 160, 161, 165, 166, 167, 168,  
169, 170

*vulnerável* 155, 156, 157, 158, 160, 161, 165, 166, 167,  
169, 170



